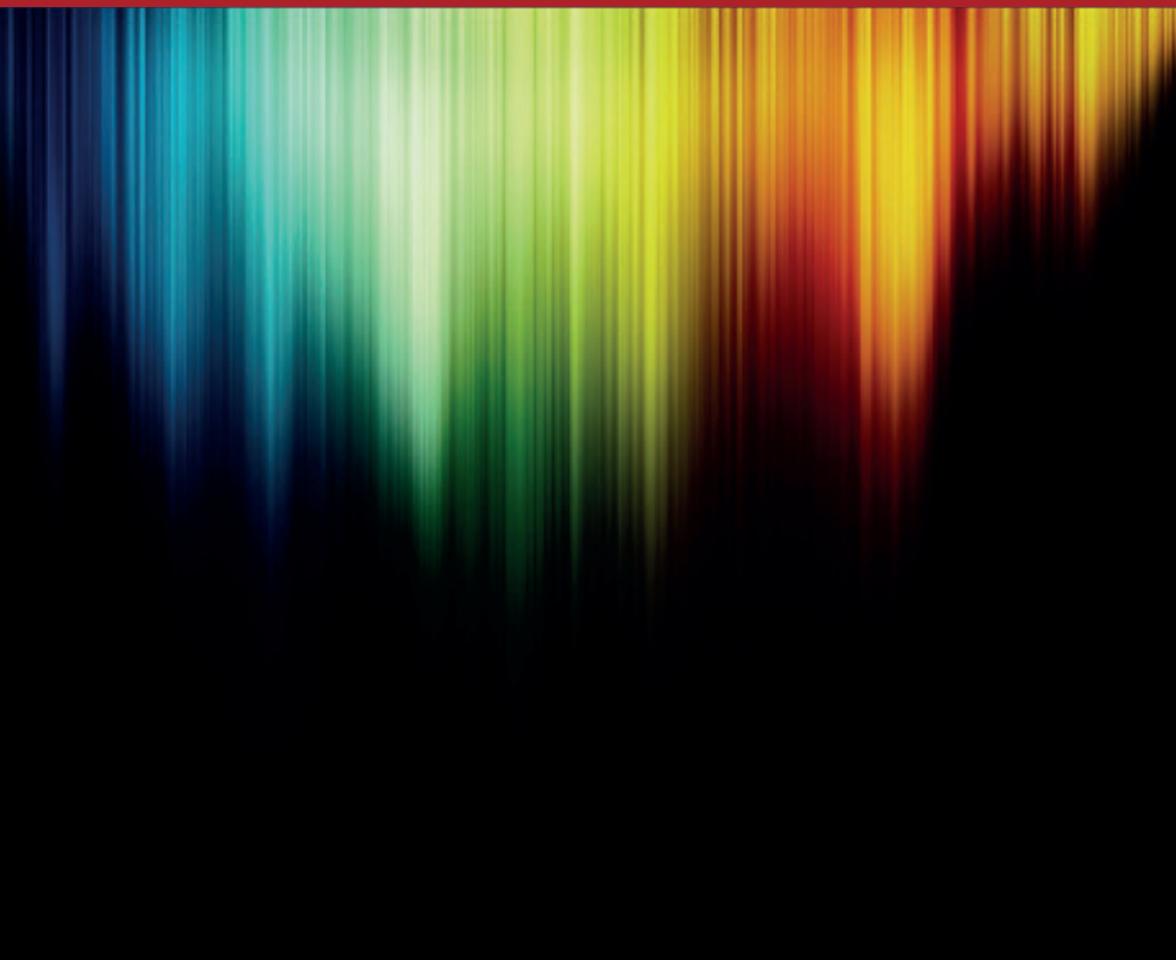


RODOLFO VIANA PEREIRA  
ORGANIZADOR

DIREITOS POLÍTICOS,  
LIBERDADE DE EXPRESSÃO  
E DISCURSO DE ÓDIO

Volume IV



## CONSELHO EDITORIAL

**Alexandre Godoy Dotta** – Doutor e mestre em Educação. Especialista em Administração, Metodologia do Ensino Superior e em Metodologia do Conhecimento e do Trabalho Científico. Licenciado em Sociologia e Pedagogia. Bacharel em Tecnologia.

**Ana Claudia Santano** – Pós-doutora em Direito Público Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutora e mestre em Ciências Jurídicas e Políticas pela Universidad de Salamanca, Espanha.

**Daniel Wunder Hachem** – Professor de Direito Constitucional e Administrativo da Universidade Federal do Paraná e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutor e mestre em Direito do Estado pela UFPR. Coordenador Executivo da Rede Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo.

**Emerson Gabardo** – Professor Titular de Direito Administrativo da PUC-PR. Professor Associado de Direito Administrativo da UFPR. Doutor em Direito do Estado pela UFPR com Pós-doutorado pela Fordham University School of Law e pela University of California - UCI (EUA).

**Fernando Gama de Miranda Netto** – Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro. Professor Adjunto de Direito Processual da Universidade

Federal Fluminense e membro do corpo permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Sociologia e Direito da mesma universidade.

**Ligia Maria Silva Melo de Casimiro** – Doutora em Direito Econômico e Social pela PUC-PR. Mestre em Direito do Estado pela PUC-SP. Professora de Direito Administrativo da UFC-CE. Presidente do Instituto Cearense de Direito Administrativo - ICDA. Diretora do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo - IBDA e coordenadora Regional do IBDU.

**Luiz Fernando Casagrande Pereira** – Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Coordenador da pós-graduação em Direito Eleitoral da Universidade Positivo. Autor de livros e artigos de processo civil e direito eleitoral.

**Rafael Santos de Oliveira** – Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre e graduado em Direito pela UFSM. Professor na graduação e na pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria. Coordenador do Curso de Direito e editor da Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global e da Revista Eletrônica do Curso de Direito da mesma universidade.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Bibliotecária: Maria Isabel Schiavon Kinasz, CRB9 / 626

D598                      Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso de  
                                     ódio [recurso eletrônico] / organização de Rodolfo  
                                     Viana Pereira – Curitiba: Íthala, 2021.  
                                     175p.; v.4; 22,5cm  
  
                                     Vários colaboradores  
                                     ISBN:978-65-5765-077-6

1. Direitos políticos. 2. Liberdade de expressão. 3. Análise do discurso.  
4. Ódio – Discurso. I. Pereira, Rodolfo Viana (org.).

CDD 342.07 (22.ed)

CDU 342.81

Editora Íthala Ltda.

Rua Pedro Nolasko Pizzatto, 70

Bairro Mercês

80.710-130 – Curitiba – PR

Fone: +55 (41) 3093-5252

+55 (41) 3093-5257

<http://www.ithala.com.br>

E-mail: [editora@ithala.com.br](mailto:editora@ithala.com.br)



Informamos que é de inteira responsabilidade dos autores a emissão de conceitos publicados na obra. Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Íthala. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei nº 9.610/98 e punido pelo art. 184 do Código Penal.

RODOLFO VIANA PEREIRA  
ORGANIZADOR

# DIREITOS POLÍTICOS, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO

Volume IV

Baixe gratuitamente essa obra em:

[https://is.gd/ithala\\_ebook](https://is.gd/ithala_ebook)



 EDITORA ÍTHALA  
CURITIBA – 2021

**APRESENTAÇÃO**

Rodolfo Viana Pereira ..... 5

**A PROTEÇÃO DO DISCURSO MERAMENTE OFENSIVO PELO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A (NÃO) RECEPÇÃO DO CRIME DE INJÚRIA PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988**

Ana Helena German Drumond ..... 7

**EXISTE DISCURSO DE ÓDIO INCONSCIENTE? REFLEXÃO À LUZ DA IDEIA DE PRECONCEITO IMPLÍCITO E DAS CATEGORIAS DE DISCURSO DE ÓDIO PROPOSTAS POR CALEB YONG**

Ana Maria Bezerra Eufrazio ..... 28

**PROJETOS DE LEI QUE TRATAM DAS *FAKE NEWS*: PODE O ESTADO DECIDIR O QUE É “VERDADE”?**

Bruno Meirelles de Melo Cornwall ..... 61

**O USO ATUAL DA LEI DE SEGURANÇA NACIONAL: BREVE ANÁLISE SOBRE A RECEPÇÃO DOS ARTIGOS 22, I, II; 23, I, II, III E 26 E SUA UTILIZAÇÃO PARA RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DA EXPRESSÃO E DO DIREITO À INFORMAÇÃO**

Carolina Lobo ..... 74

**O TSE INCORPORA INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS NAS DECISÕES RELATIVAS À LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM PROPAGANDA ELEITORAL?**

Fernanda Alves de Carvalho ..... 95

**BANDIDO BOM É BANDIDO MORTO: O DISCURSO DE ÓDIO CONTRA A POPULAÇÃO CARCERÁRIA**

Lucas Augusto Reis Albuquerque ..... 114

**A “OPINIÃO” QUE VIOLENTA E MATA: CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA E O DISCURSO DE ÓDIO EM MÍDIAS SOCIAIS**

Luiz Carlos Garcia ..... 136

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO: “IMMINENT LAWLESS ACTION” E OS ATOS DE FALA**

Matheus Henrique Evangelista Felício ..... 155

Rodolfo Viana Pereira<sup>1</sup>

Apresentamos mais uma série de artigos elaborados em razão dos debates e embates tidos durante a oferta da disciplina que leciono no Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito da UFMG, tendo por norte as provocações oriundas de 03 grandes pilares temáticos: liberdade de expressão, discurso de ódio e direitos políticos.

Neste quarto volume, os assuntos abordados seguem ricos em diversidade. A começar pela análise de dispositivos legais ou projetos de lei em tramitação no Congresso. É o caso de Ana Helena German Drumond que sustenta a não recepção constitucional do crime de injúria em razão de sua violação ao princípio da liberdade de expressão. Também Bruno Meirelles de Melo Cornwall que avalia a constitucionalidade material de dispositivos normativos previstos em projetos de lei que pretendem regular o fenômeno das fake news, alertando para sua possível inconstitucionalidade. Por fim, Carolina Lobo ao realizar análise contextual e material da Lei de Segurança Nacional, com destaque para alguns tipos penais, concluindo serem os mesmos incompatíveis com os valores constitucionais e, logo, não recepcionados.

Há também artigos críticos à interpretação liberal que marca a jurisprudência estadunidense na matéria. Ana Maria Bezerra Eufrazio, com base em estudo interdisciplinar que perpassa direito e psicologia cognitiva e social, indaga se o que chama de discursos ofensivos de caráter não intencional podem ser caracterizados como discurso de ódio para fins de regulação. Matheus Henrique Evangelista Felício é explícito ao criticar o paradigma jurisprudencial da *imminent lawless action* da Suprema Corte

---

1 Professor da Faculdade de Direito da UFMG. Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Coimbra. Mestre em Direito Constitucional pela UFMG. Pós-Graduado em Direito Eleitoral e Administração de Eleições pela Universidade de Paris II. Pós-Graduado em Educação a Distância pela Universidade da Califórnia, Irvine. Advogado sócio da MADGAV Advogados.

dos EUA à luz da teoria dos atos de fala de J. L. Austin. E Luiz Carlos Garcia sustenta que o discurso “meramente” preconceituoso já é, em si, ato de violência, inspirado na decisão do STF que criminalizou a homotransfobia,

O Volume IV ainda conta com o texto de Lucas Augusto Reis Albuquerque, fechando ao indagar se a população carcerária reúne as condições teóricas necessárias para se enquadrar como base identitária alvo de discurso de ódio, bem com o artigo de Fernanda Alves de Carvalho que investiga o uso do direito comparado nas fundamentações das decisões do TSE em matéria de liberdade de expressão e propaganda eleitoral.

Boa leitura!

# A PROTEÇÃO DO DISCURSO MERAMENTE OFENSIVO PELO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A (NÃO) RECEPÇÃO DO CRIME DE INJÚRIA PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

Ana Helena German Drumond<sup>1</sup>

## RESUMO

A liberdade de expressão é direito assegurado constitucionalmente e de reconhecida importância para a efetivação de uma sociedade plural e democrática. É, porém, necessário reconhecer que o direito de se manifestar livremente não é absoluto, comportando restrições em casos em que o discurso proferido tem por objetivo incitar o ódio contra grupos e indivíduos em razão de características específicas de que sejam dotados, tais como raça, gênero, nacionalidade, religião ou orientação sexual. Tais casos, em que se materializa o chamado “discurso de ódio”, são distintos daqueles em que são proferidas meras ofensas contra um indivíduo específico, que caracterizam o “discurso ofensivo”, protegido pelo direito à liberdade de expressão. É em face do direito fundamental à livre manifestação do pensamento, bem como da proteção por ele conferida aos discursos meramente ofensivos ou impopulares, que se insere o questionamento acerca da recepção, pela Constituição da República de 1988, do crime de injúria, cuja definição corresponde precisamente a proferir uma ofensa à dignidade ou ao decoro de outrem. Por outras palavras, o presente artigo investiga a compatibilidade do tipo penal com a legislação constitucional, em especial com o direito à liberdade de expressão.

## INTRODUÇÃO

De acordo com o artigo 5º, inciso IV, da Constituição da República de 1988, “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” e, de acordo com o inciso IX do mesmo dispositivo, “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. O artigo 220, *caput*, da Constituição da República preconiza, ainda, que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo

---

1 Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2020). Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2018). Assistente Judiciário no Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”, estipulando o §2º que “é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.

A aparente redundância em que incorreu o legislador constituinte ao prever, em diversos momentos, a liberdade de pensamento e de expressão e rechaçar a censura, na realidade, é uma resposta enfática aos anos de autoritarismo do governo brasileiro que, até 1985, controlou com “mãos de ferro” todas as informações, opiniões e expressões do pensamento veiculadas não somente pela imprensa, mas pelos cidadãos comuns. Notadamente, a Constituição de 1988 buscou romper com todas as formas de restrição do pensar, sentir e dizer que marcaram o período que a antecedeu.

A liberdade de expressão, todavia, não é o único direito fundamental previsto na Carta Magna, que cuidou de elencar múltiplas outras garantias tão imprescindíveis e inafastáveis quanto a liberdade de manifestação. A existência dessas outras garantias evidencia que o direito à livre expressão não é absoluto, admitindo, ainda que em situações excepcionais, restrições. Assim, nos casos em que existem direitos fundamentais conflitantes, é necessário valorá-los para aferir qual deve prevalecer *in casu* em detrimento do outro.

Em síntese, tendo em vista a importância que o direito à liberdade de expressão assume no contexto pós-ditadura militar, mas considerando que não se pode admitir que tal garantia sempre se sobreponha às demais, deve-se estabelecer uma hierarquia entre os direitos fundamentais que estão em choque com a liberdade de manifestação no caso concreto, preferenciando o de hierarquia superior.

É o que ocorre quando são externalizados gestos ou palavras que, por sua natureza e pelo objetivo do interlocutor, caracterizam discurso de ódio. Em que pese a inexistência de uma definição uniforme e unânime de discurso de ódio, pode-se dizer que ele se caracteriza por desqualificar, humilhar e inferiorizar grupos de indivíduos em razão de características específicas compartilhadas por seus membros, visando à sua marginalização.<sup>2</sup>

Caso distinto é o do discurso meramente ofensivo ou impopular, que corresponde a uma ofensa, xingamento ou crítica, que, embora possa, também, se basear em características peculiares a grupos minoritários, não tem por objetivo a incitação ao ódio ao grupo como um todo, tampouco visa à sua exclusão ou extermínio.

---

2 FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe de. Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. **Sequência (Florianópolis)**, n. 66, p. 327-355, 2013.

Extrai-se disso que, enquanto o discurso de ódio impõe a relativização do direito à liberdade de expressão, com fins à proteção das minorias, o discurso ofensivo ou impopular está protegido pelo direito à liberdade de expressão, razão pela qual não pode ser cerceado sem que a restrição caracterize manifesta e indevida violação a um direito fundamental.

O crime de injúria, previsto no artigo 140 do Código Penal, todavia, parece destoar dessa conclusão. Na medida em que se criminaliza a conduta consistente em ofender a dignidade ou o decoro de alguém, retira-se do particular a possibilidade de manifestar sua opinião a respeito do sujeito passivo, tolhendo, portanto, seu direito à livre manifestação do pensamento constitucionalmente assegurado.

Nota-se que o tipo penal não exige que a ofensa tenha por objetivo incitar o ódio ou promover a exclusão social de um grupo, tampouco que seja fundada em preconceitos de ordem racial, sexual, étnica ou religiosa, o que afasta qualquer possibilidade de justificar a criminalização da conduta com base nas restrições aplicáveis ao discurso de ódio.

Observa-se, destarte, que a previsão do crime de injúria vai de encontro à Constituição da República na medida em que a Carta Magna assegura o direito à liberdade de expressão, que protege o discurso ofensivo, e na medida em que o próprio diploma constitucional, ao prever a inviolabilidade da honra, nada dispõe acerca da criminalização de sua violação, preconizando tão somente a adoção de soluções a serem buscadas na esfera cível.

Diante disso, revela-se necessário questionar se o crime de injúria, previsto no já ultrapassado Código Penal de 1940, foi recepcionado pela posterior Constituição de 1988. Com o intuito de investigar essa questão, o presente artigo discorre acerca das diferenças entre o discurso de ódio e o discurso meramente ofensivo ou impopular, bem como acerca da proteção ao discurso ofensivo conferida pela Carta Magna, expondo, na sequência, as incompatibilidades existentes entre o tipo penal previsto no artigo 140 do Código Penal e o texto constitucional.

## **1 DISCURSO MERAMENTE OFENSIVO VS. DISCURSO DE ÓDIO**

O direito ao exercício da liberdade de expressão é previsto no rol de direitos fundamentais da Constituição de República de 1988 em razão de sua imprescindibilidade para a promoção dos debates, trocas e construções que alicerçam qualquer sociedade verdadeiramente democrática. Com efeito, a consolidação de um Estado Democrático de Direito depende da existência da ampla possibilidade de os cidadãos

expressarem suas ideologias, críticas, questionamentos, reflexões e pensamentos e sentimentos em geral. Isso porque “uma vez que o povo não possa expressar seu ponto de vista livremente, o controle popular não se realiza. Portanto, a liberdade de expressão é garantida evitando-se a censura governamental aos discursos e à imprensa”<sup>3</sup>.

Há, todavia, um consenso no sentido de que o direito à liberdade de expressão não é absoluto, sendo razoável que certas manifestações de pensamento sejam restringidas sem que essa limitação caracterize cerceamento indevido do direito fundamental. Nesse sentido, tem-se que são os outros direitos fundamentais e bens tutelados pela Constituição que devem nortear a imposição de restrições.<sup>4</sup>

A grande questão a ser esclarecida, porém, consiste em quais são as manifestações acobertadas pela liberdade de expressão e quais não podem ser justificadas pelo exercício de tal direito, merecendo censura. Nesse sentido, é especialmente útil e necessária a distinção entre o discurso meramente ofensivo ou impopular, enquadrado na primeira categoria de manifestações, e o discurso de ódio, enquadrado na segunda categoria de manifestações.

Não obstante, Sean MacAvaney e outros<sup>5</sup> salientam que não há uma definição universal de discurso de ódio, o que somente dificulta a identificação das hipóteses concretas em que ele se caracteriza. É o que se verifica a partir da leitura das definições de discurso de ódio extraídas de fontes diversas.

Assim, MacAvaney aponta que, enquanto para a Enciclopédia da Constituição Americana o discurso de ódio corresponde ao “discurso que ataca uma pessoa ou grupo com base em atributos como raça, religião, origem étnica, nacionalidade, sexo, deficiência, orientação sexual ou identidade de gênero”<sup>6</sup>, as definições fornecidas no âmbito das redes sociais, embora extraídas da mesma base, divergem em termos de taxatividade e amplitude.

Nessa esteira, o Facebook define o discurso de ódio “como um ataque direto às pessoas com base nas chamadas características protegidas - raça, etnia, nacionalidade, afiliação religiosa, orientação sexual, casta, sexo, gênero, identidade de gênero

3 DA SILVEIRA, Renata Machado. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. 2007. Disponível em: <[http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_SilveiraRM\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_SilveiraRM_1.pdf)> Acesso em: 15 abr 2021.

4 ROTHENBURG, Walter Claudius; STROPPIA, Tatiana. Liberdade de expressão e discurso de ódio: o conflito discursivo nas redes sociais. **Anais do Encontro Nacional de Direito e Contemporaneidade**, 2016.

5 MACAVANEY, Sean et al. Hate speech detection: Challenges and solutions. **PloS one**, v. 14, n. 8, p. e0221152, 2019.

6 MACAVANEY, Sean et al. Hate speech detection: Challenges and solutions. **PloS one**, v. 14, n. 8, p. e0221152, 2019.

e doenças graves ou deficiências”, conferindo, ainda, especial proteção ao *status* de imigração. O Facebook considera “ataque” qualquer “discurso violento ou desumanizador, declarações de inferioridade ou apelos à exclusão ou segregação”<sup>7</sup>.

O Twitter, noutro vértice, inclui na definição de discurso de ódio não somente o discurso que humilha, inferioriza e potencializa a marginalização, mas também a promoção de violência e a verbalização de ameaças a outras pessoas. Além disso, inclui no rol de características que podem ser alvo o discurso de ódio a idade da vítima<sup>8</sup>.

As detalhadas definições de discurso de ódio fornecidas no âmbito das redes sociais pouco se assemelham aos sucintos conceitos de Davidson e de Gibert e respectivos colegas. Para o primeiro, corresponde à “linguagem usada para expressar ódio contra um grupo-alvo ou tem a intenção de ser depreciativa, humilhar ou insultar os membros do grupo”<sup>9</sup>. Para o segundo, “o discurso de ódio é um ataque deliberado dirigido a um grupo específico de pessoas motivadas por aspectos da identidade do grupo”<sup>10</sup>.

Também nas palavras de Renata Machado da Silveira, a definição de discurso de ódio pode ser considerada mais ampla na medida em que não há qualquer exemplificação das características que poderiam ser seu alvo. Para a autora, “o discurso do ódio se caracteriza por qualquer expressão que desvalorize, menospreze, desqualifique e inferiorize os indivíduos. Trata-se de uma situação de desrespeito social, uma vez que reduz o ser humano à condição de objeto”<sup>11</sup>.

O conceito de discurso de ódio, todavia, não varia somente entre doutrinadores e plataformas individualmente considerados, mas também entre países, cuja jurisprudência sinaliza a adoção de perspectivas mais liberais ou mais conservadoras.

Nesse sentido, Napolitano e Stroppa<sup>12</sup> apontam que a análise dos julgados da Suprema Corte Americana evidenciam que os Estados Unidos defendem mais am-

---

7 MACAVANEY, Sean et al. Hate speech detection: Challenges and solutions. **PloS one**, v. 14, n. 8, p. e0221152, 2019.

8 MACAVANEY, Sean et al. Hate speech detection: Challenges and solutions. **PloS one**, v. 14, n. 8, p. e0221152, 2019.

9 DAVIDSON, Thomas et al. Automated hate speech detection and the problem of offensive language. In: **Proceedings of the International AAAI Conference on Web and Social Media**. 2017.

10 DE GIBERT, Ona et al. Hate speech dataset from a white supremacy forum. **arXiv preprint arXiv:1809.04444**, 2018.

11 DA SILVEIRA, Renata Machado. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. 2007. Disponível em: <[http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_SilveiraRM\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_SilveiraRM_1.pdf)> Acesso em: 15 abr 2021.

12 NAPOLITANO, Carlo José; STROPPA, Tatiana. O Supremo Tribunal Federal e o discurso de ódio nas redes sociais: exercício de direito versus limites à liberdade de expressão. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 7, n. 3, p. 313-332, 2017.

plamente a liberdade de expressão, restringindo tal direito somente quando o discurso tiver o condão de provocar reações violentas imediatas. Manifestações que não tenham esse potencial, ainda que seu teor seja manifestamente preconceituoso e extremista, são permitidas e protegidas.

Os casos reais mencionados por Guiora e Park<sup>13</sup> - a saber, o da postagem da Associação Nacional de Rifle Antissemita de Ted Nugent, o do *tweet* da aluna *Sam Houston State University* e o das postagens de terroristas palestinos no Facebook incentivando ataques por meio de atropelamento – evidenciam de forma clara a amplitude assegurada ao direito à liberdade de expressão nos Estados Unidos.

Por outro lado, em países como o Canadá quaisquer expressões de intolerância são vedadas, prevalecendo os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, bem como os direitos fundamentais das potenciais vítimas, em detrimento do direito à liberdade de expressão.

O posicionamento adotado, em regra, pelos países europeus se assemelha ao adotado no Canadá, na medida em que se considera caracterizado o discurso de ódio e autorizada a restrição à liberdade de expressão em hipóteses mais amplas que as extraídas da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos. Com efeito, a Recomendação nº 97 do Comitê de Ministros do Conselho Europeu sobre Discurso de Ódio definiu discurso de ódio como sendo qualquer forma de expressão que propague, incite, promova ou justifique o ódio racial, a xenofobia, o antissemitismo e qualquer outra forma de ódio baseada na intolerância, incluindo intolerância expressa na forma de nacionalismo agressivo e etnocentrismo, a discriminação e hostilidade contra minorias, imigrantes e pessoas nascidas da imigração<sup>14</sup>.

As definições apresentadas, embora divirjam em diversos aspectos e explicitem diferentes graus de valorização da liberdade de expressão em comparação a outros direitos fundamentais, possuem em comum o objetivo de proteger, em maior ou menor grau, grupos minoritários mais vulneráveis e suscetíveis de marginalização ou extermínio. Busca-se, por meio da limitação do exercício da liberdade de expressão, coibir a propagação de discursos que possam estimular a diferenciação preconceituosa de certos indivíduos, negando a eles condições de vida e direitos de que os demais usufruem livremente.

---

13 GUIORA, Amos; PARK, Elizabeth A. Hate speech on social media. *Philosophia*, v. 45, n. 3, p. 957-971, 2017.

14 ALCALÁ, Carmen Quesada. La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al discurso de odio en los partidos políticos: coincidencias y contradicciones con la jurisprudencia española. *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, n. 30, p. 4, 2015.

É precisamente esse objetivo que constitui o ponto de partida para a elucidação dos limites que separam o discurso de ódio do discurso meramente ofensivo ou impopular.

Apesar das diferenças existentes entre os conceitos apresentados, pode-se mesclar seus elementos essenciais, chegando-se à conclusão de que o discurso de ódio é caracterizado, principalmente, pelo objeto do discurso, pelo alvo do discurso e pelo objetivo do interlocutor.

Nesse sentido, para que determinada manifestação seja reconhecida como discurso de ódio, entende-se por necessário que ela se refira a uma característica específica (como raça, etnia, nacionalidade, gênero, identidade de gênero, orientação sexual, deficiência, doença grave e afins), dirija-se a todo o grupo de indivíduos dotados dessa característica particular e, por fim, que o objetivo do interlocutor ao se manifestar seja colocar os membros do grupo em posição de inferioridade, favorecendo, assim, sua marginalização, exclusão ou mesmo seu extermínio.

Por outro lado, as manifestações ofensivas – como é o caso da injúria – não preenchem simultaneamente todos esses pressupostos. Inicialmente, tem-se que a característica objeto da ofensa nem sempre corresponde a uma peculiaridade compartilhada por outros indivíduos que compõem um grupo minoritário. No entanto, ainda que a característica criticada seja a que identifica um grupo vulnerável, nem sempre o objetivo de quem profere o discurso é atacar todos os seus integrantes genericamente. E, ainda que o seja, não se verifica a intenção de promover sua marginalização, exclusão ou extermínio. Ou seja, o discurso meramente ofensivo corresponde às manifestações de opinião consideradas desagradáveis, incômodas ou impopulares, mas cujo interlocutor não tem por objetivo promover o prevailecimento da maioria sobre uma minoria.

Essa diferença pode ser identificada na cartilha de orientação para as vítimas de discurso de ódio, elaborada em parceria com a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, que expõe as diferenças entre o discurso de ódio e a injúria preconceituosa.

De acordo com o material, a injúria preconceituosa corresponderia a um “xingamento” ou gesto dirigido a um indivíduo em particular e fundado em alguma característica que lhe é própria, tal como cor, etnia, religião, origem, idade ou deficiência. A conduta deixaria de ser uma injúria e passaria a corresponder a discurso de ódio quando dirigida a agressão a todo um grupo dotado de uma característica minoritária.

“Quando, para ofender alguém, uma pessoa ofende todas as pessoas que têm característica de grupo minoritário, não é mais injúria”.<sup>15</sup>

Nota-se, por tudo isso, que o discurso proferido com o intuito de ofender ou perturbar em muito se difere do discurso proferido com o intuito de humilhar ou inferiorizar ao ponto de incitar a prática de agressões contra um grupo minoritário. Essas diferenças repercutem diretamente na tutela constitucional sobre cada uma das espécies de discurso e na possibilidade de restrição a cada um deles.

Com efeito, os riscos para a sociedade que o discurso de ódio representa são evidentes, o que justifica integralmente sua utilização como um limite à invocação da liberdade de expressão, tutelada pela Constituição da República de 1988. O mesmo não se pode dizer, todavia, sobre o discurso ofensivo ou impopular, como é o caso da injúria.

## 2 DIREITO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A PROTEÇÃO DO DISCURSO MERAMENTE OFENSIVO

Em que pese a importância do exercício da liberdade de expressão, evidenciada por sua previsão na Constituição de 1988 como direito fundamental, não se pode admitir que um indivíduo, ao exercitar tal direito e se manifestar por gestos ou palavras, viole outros direitos fundamentais de terceiros. Por outro lado, é necessário cautela para que a liberdade de expressão de um cidadão não seja indevidamente tolhida por meio da censura de um discurso que, embora incômodo, deveria ser permitido e tolerado.

Não há dúvidas de que, em muitos casos práticos, a identificação da intenção do interlocutor pode ser um desafio e a distinção entre o discurso de ódio e o discurso ofensivo pode não ser clara. Essa circunstância endossa a necessidade de se empregar alguns critérios norteadores que evitem a classificação errônea de um discurso e a consequente adoção de providências inadequadas.

Se, por um lado, considerar apenas ofensivas manifestações que caracterizam discurso de ódio pode culminar em ataques violentos que resultam em irreparáveis perdas, por outro, reprimir manifestações apenas ofensivas como se discurso de ódio fossem parece um preço muito elevado a se pagar.

15 ROCHA, Juliana Lívia Antunes da; MENDES, André Pacheco Teixeira. **Cartilha de orientação para vítimas de discurso de ódio**. 2020. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/29490/CARTILHA%20DE%20ORIENTA%C3%87%C3%83O%20PARA%20V%C3%8dTINAS%20DE%20DISCURSO%20DE%20C%C3%93DIO.pdf?sequence=4&isAllowed=y>>. Acesso em: 15 abr 2021.

Como a própria Constituição de 1988 não cuidou de prever taxativamente as hipóteses autorizadas da restrição à liberdade de expressão, tampouco de estabelecer critérios objetivos de diferenciação entre o discurso de ódio e o discurso ofensivo ou impopular, é necessário recorrer aos critérios adotados em outros países e avaliar a viabilidade de sua adoção em cotejo com a ponderação dos direitos fundamentais conflitantes.

É, portanto, válido examinar, inicialmente, as considerações efetuadas por Guiora e Park<sup>16</sup> acerca da proteção ao discurso de ódio pela Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos, que tutela a liberdade de expressão, de imprensa, de religião, de reunião e de petição.

De acordo com os autores, somente não são contemplados pela Primeira Emenda os discursos que constituam incitação representativa de um perigo claro e atual, ameaça concreta ou, ainda, *fighting words*.

A hipótese de incitação representativa de um perigo claro e atual é perfeitamente ilustrada pelo caso *Brandenburg VS. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969), em que a Suprema Corte Americana reverteu a condenação de um líder da Ku Klux Klan, que havia feito manifestações favoráveis à violência, por entender que o Estado não pode, suprimindo a garantia inserta na Primeira Emenda, punir a defesa abstrata da violência. Entendeu-se, na oportunidade, que o Estado somente poderia limitar a liberdade de expressão se (i) o discurso promovesse um dano iminente (ii) houvesse uma grande probabilidade de os ouvintes do discurso participarem de ações ilegais e (iii) se essa fosse realmente a intenção de quem proferisse o discurso.

A hipótese de o discurso caracterizar uma ameaça concreta, a seu turno, foi explorada nos simbólicos casos *Watts VS. United States*, 394 U.S. 705 (1969) e *Virginia VS. Black*, 538 U.S. 343 (2003). No primeiro deles, um jovem negro foi preso por dizer, durante um protesto anti-guerra de que participou, que “se o fizessem carregar um rifle a primeira pessoa que ele gostaria de ver seria o então presidente, pois não mataria seus irmãos negros”. Ele foi condenado e, posteriormente, sua condenação foi anulada pela Suprema Corte, que entendeu que seu discurso não se tratou de uma verdadeira ameaça, mas de uma declaração de oposição política proferida de forma exagerada e bruta. Já no segundo caso, a Suprema Corte entendeu que o ato de queimar cruzes poderia constituir uma verdadeira ameaça e, portanto, ser proibida por lei, mas somente se praticado com a intenção de intimidar ou provocar na vítima

---

16 GUIORA, Amos; PARK, Elizabeth A. Hate speech on social media. *Philosophia*, v. 45, n. 3, p. 957-971, 2017.

temor de sofrer lesões corporais ou ter sua vida ceifada. No entanto, não pode ser usado como evidência *prima facie* da intenção de intimidar, porque a queima da cruz pode servir a outras intenções.

A doutrina das *fighting words*, por outro lado, foi adotada no icônico caso *Chaplinsky VS. State of New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942) e, posteriormente, continuou a ser utilizada e melhor desenvolvida, tendo se consolidado nos casos *Cohen VS. California*, 403 U.S. 15 (1971) e *R.A.V. VS. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992).

No primeiro, Chaplinsky foi preso por provocar a perturbação da paz após se referir a uma autoridade local como bandido e fascista. Ele foi condenado e sua condenação foi mantida pela Suprema Corte, que entendeu que existem certas formas de manifestação (dentre as quais as *fighting words*) que, por si sós, provocam algum dano ou tendem a provocar a perturbação imediata da paz. Já em *Cohen VS California*, o tribunal que julgou Cohen entendeu que o fato de ele trajar uma jaqueta com termos considerados ofensivos não autorizava a aplicação da doutrina das *fighting words* na medida em que os termos não constituíam um insulto pessoal direto. Por fim, em *RAV VS City of St Paul*, a Suprema Corte revogou um decreto municipal que criminalizava a queima de cruzes em propriedades públicas ou privadas com a intenção de atingir pessoas em virtude de sua raça, cor, crenças religiosas, credo ou gênero. A Corte entendeu que o decreto era inconstitucional na medida em que cerceava seletivamente a liberdade de expressão em razão do conteúdo específico do discurso daqueles oradores.

Nota-se, portanto, que a jurisprudência estadunidense somente autoriza a imposição de restrições à liberdade de expressão constitucionalmente assegurada quando a manifestação a ser censurada representa um risco concreto para a ordem pública e a tranquilidade social. Esse risco, por sua vez, decorre da efetiva possibilidade de a manifestação em questão provocar ações violentas contra pessoas vulneráveis que o ordenamento constitucional tem o dever de proteger.

Assim, na medida em que a mera ofensa, por si só, não representa um risco iminente de ação ou reação violenta, tampouco tem como objetivo produzi-lo, não há como justificar legitimamente, à luz das decisões da Suprema Corte Americana, a censura do discurso ofensivo.

É, com efeito, o que se extrai das considerações de Michael Mannheimer<sup>17</sup>, segundo o qual é possível afirmar que o direito à liberdade de expressão contempla

---

17 MANNHEIMER, Michael J. Fighting Words Doctrine, The. **Colum. L. Rev.**, v. 93, p. 1527, 1993.

o discurso ofensivo ou insultuoso, que está, portanto, constitucionalmente protegido desde que não tenha o condão de provocar uma imediata resposta violenta por parte do ofendido.

É possível, no entanto, que essa perspectiva pareça excessivamente liberal. De fato, é preciso ter em mente que as decisões referenciadas são reflexo da defesa extremamente ampla da liberdade de expressão adotada nos Estados Unidos, que em muito se difere do posicionamento de outros países a respeito da mesma temática.

Não obstante, mesmo partindo da concepção de discurso de ódio e respectivas possibilidades de restrição empregadas pelo Canadá e por países europeus, para os quais o direito à liberdade de manifestação é mais restrito, não se chega à conclusão de que o discurso ofensivo não está protegido pela liberdade de expressão. Ainda que se considere que o discurso de ódio passível de cerceamento prescinde do potencial de desencadear ações violentas e gerar danos imediatos e concretos, é inquestionável que ele deve promover a intolerância e, conforme se extrai da própria nomenclatura, o ódio a um grupo já vulnerabilizado em virtude de suas características minoritárias. Tal requisito não é preenchido pelo discurso ofensivo.

Com efeito, muito embora o discurso ofensivo, ao se referir a uma dessas características de forma crítica e pejorativa, tenha o potencial de humilhar e inferiorizar, seu efeito se esgota no desconforto provocado em seu receptor e potenciais outros ouvintes. Não se verifica, destarte, a finalidade de estimular outras pessoas a aderir ao sentimento de intolerância e ódio ao grupo minoritário como um todo, o que, ainda que não de forma imediata, tem o poder de fomentar, a longo prazo, sua exclusão ou extermínio.

Ora, os princípios e garantias constitucionais não se prestam a proteger os cidadãos de se sentirem desconfortáveis com as declarações de terceiros, mas a proteger seus direitos fundamentais de ameaças concretas e atuais.

Portanto, na medida em que o discurso ofensivo não oferece risco efetivo à existência ou às condições dignas de vida de qualquer cidadão, integrante ou não da parcela mais vulnerável da população, não existem fundamentos que alicercem sua restrição, sendo forçoso concluir que ele se encontra abarcado pelo direito constitucional à liberdade de expressão.

Uma vez, então, que a injúria não é mais que uma ofensa, não há como retirá-la da esfera de proteção da garantia da livre manifestação, razão pela qual existem fortes indícios de que o crime respectivo não tenha sido recepcionado pela Constituição de 1988 e represente uma restrição excessiva e indevida do direito à liberdade de expressão.

### 3 O CRIME DE INJÚRIA E SUA (NÃO) RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

#### 3.1 O crime de injúria

Previsto no artigo 140 do Código Penal Brasileiro, o crime de injúria consiste em “injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro”.

O ato de “injuriar alguém”, de acordo com Bitencourt e Prado<sup>18</sup>, somente pode ser praticado por uma pessoa física e contra uma pessoa física, estando, assim, excluída a possibilidade de as pessoas jurídicas figurarem como sujeitos ativo ou passivo do crime.

As condutas que poderiam ser praticadas por uma pessoa física e que corresponderiam ao ato de injuriar alguém, todavia, não são tão claras. Ainda de acordo com Bitencourt e Prado, é possível cometer o crime de injúria não somente por meio de palavras, mas também de imagens e gestos, mas elencar as formas que a injúria pode assumir em nada contribui para delimitar as condutas concretas que estariam abarcadas pela norma criminalizadora.

Disso se extrai a nítida intenção do legislador penal de abarcar a maior quantidade possível de condutas que poderiam, de alguma forma, ferir a honra subjetiva do sujeito passivo. O perigo da amplitude do conceito, porém, reside na possibilidade de incidência da proibição sobre manifestações que estariam acobertadas pelo direito constitucional à liberdade de expressão, restringindo-o indevidamente.

Não obstante, conforme apontam Leite, Hannikainen e Nhuch<sup>19</sup>, em que pese a tensão existente entre o crime de injúria e a liberdade de expressão, o conflito, além de não ter sido considerado pelo legislador, tampouco é mencionado pela doutrina, que “limita-se a apresentar critérios e fazer considerações que aparentemente julga ser suficientes para a identificação da ocorrência do crime”. Isso é, precisamente, o que se extrai dos conceitos de injúria apresentados por alguns dos mais conhecidos e renomados doutrinadores da atualidade.

---

18 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal 2**: parte especial: dos crimes contra a pessoa. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011 e PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, volume 2, parte especial: arts. 121 a 183. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

19 LEITE, Fábio C.; HANNIKAINEN, Ivar A. R.; NHUCH, Flavia K. Adivinhe quem vem para jantar. A liberdade de expressão do ofensor e o subjetivismo do julgador na análise dos crimes de injúria. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, vol. 61, n. 3, set./dez. 2016, p. 259 – 276.

De acordo com Delmanto e coautores<sup>20</sup>, no crime de injúria o agente emite uma opinião a respeito do ofendido que, ao chegar ao seu conhecimento, fere a sua honra subjetiva, ou seja, o sentimento da vítima a respeito de si mesma.

Na mesma esteira, Fernando Capez<sup>21</sup> leciona que o delito de injúria consiste em uma opinião proferida pelo agente e direcionada à dignidade ou ao decoro da vítima, que abarcam seus atributos morais, intelectuais e físicos.

Cezar Roberto Bitencourt<sup>22</sup> não discrepa e conceitua a injúria como sendo a expressão da opinião ou do conceito do autor acerca do ofendido.

Embora sequer referenciem o direito à liberdade de expressão, os juristas, ao definirem a injúria, demonstram como ele foi tolhido pelo legislador penal. Nota-se que, de acordo com os conceitos apresentados, o delito de injúria consiste, em síntese, em expressar uma opinião.

Essa definição é extremamente preocupante, vez que a criminalização da manifestação da opinião, que parecia razoável no período ditatorial, soa inconcebível no Brasil regido pela Constituição de 1988, que não admite qualquer tipo de censura. Isso, por si só, já seria suficiente para questionar a receptividade do delito de injúria pela Constituição de 1988.

A circunstância de o crime de injúria corresponder a um delito de opinião, todavia, está distante de ser o único aspecto problemático do tipo penal.

Outro importante ponto a ser analisado criticamente é a circunstância de a infração exigir que o seu autor aja com *animus injuriandi*, ou seja, com a intenção de injuriar a vítima, mas não exigir que a vítima efetivamente se sinta ofendida pelas palavras, imagens ou gestos ofensivos que lhe foram dirigidos<sup>23</sup>.

Isso porque o crime de injúria é delito formal, que se consuma independentemente do resultado. Ou seja, o delito será considerado consumado e sujeitará seu autor à sanção prevista no tipo ainda que a vítima, ao tomar conhecimento da ação do agente contra si, não se sinta ofendida.<sup>24</sup>

---

20 DELMANTO, EDUARDO DANTE et al. **Código penal comentado**. Saraiva Educação SA, 2017.

21 CAPEZ, Fernando. **Código penal comentado**. Saraiva Educação SA, 2016.

22 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. Saraiva Educação SA, 2017.

23 DELMANTO, Celso et al. **Código penal comentado**. 7 ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

24 Vide Apelação Criminal nº 0018032-19.2016.8.16.0019 (TJ-PR), Apelação Criminal nº 5003560-18.2012.8.27.0000 (TJ-TO) e Apelação Criminal 133.955 (TJMG).

Se limitar o exercício do direito à liberdade de expressão, reprimindo manifestações ofensivas para evitar que a vítima tenha a sua honra subjetiva lesada, já parecia uma interferência excessiva do Estado no direito fundamental à livre manifestação, a possibilidade de o delito se consumir mesmo que o injuriado sequer se sinta afetado pelo discurso do agente apenas endossa essa conclusão.

Naturalmente, se a suposta vítima, ao tomar conhecimento das palavras, imagens ou gestos ofensivos a ela dirigidos, não se sente lesada, ou seja, não percebe que o sentimento que nutre em relação a si mesma foi atacado, então não há que se falar em necessidade de tutela da honra subjetiva, que se manteve preservada mesmo após a perpetração do ilícito, tampouco em necessidade de cerceamento da liberdade de expressão para atingir esse objetivo.

Não bastasse, Leite, Hannikainen e Nhuch<sup>25</sup> trazem, ainda, um terceiro aspecto crítico a ser considerado acerca do crime de injúria: a existência de uma presunção de que a pessoa que profere ou propaga a manifestação age com *animus injuriandi*, o que resulta em uma inversão do ônus na prova, na medida em que é o suposto autor que fica incumbido de demonstrar que não agiu com dolo.

Ora, se todo cidadão tem o direito fundamental de se manifestar livremente, deve dele poder usufruir livremente até que se prove que o uso que fez de tal direito violou ou colocou em risco de violação outros direitos fundamentais de terceiros que, quando em choque com a liberdade de expressão, devem prevalecer.

Ao proceder, primeiramente, ao cerceamento da liberdade de expressão do indivíduo, para apenas posteriormente restituí-la caso ele logre comprovar que não agiu com dolo, desconsidera-se seu caráter de garantia fundamental e a natureza excepcionalíssima de sua supressão.

Com efeito, essa e as demais circunstâncias referenciadas, que concernem os próprios elementos e características do tipo, constituem evidências de que o crime de injúria, ao menos na forma e com a amplitude em que se encontra previsto no Código Penal, está em conflito com o restante do ordenamento jurídico e não se adequa ao contexto em que se insere. Esses apontamentos introduzem dois problemas centrais provocados pela criminalização da injúria, que evidenciam sua não recepção pela Constituição de 1988: a violação do direito fundamental à liberdade de manifestação e a violação princípio da *ultima ratio* que rege a aplicação do direito penal.

---

25 LEITE, Fábio C.; HANNIKAINEN, Ivar A. R.; NHUCH, Flavia K. Adivinhe quem vem para jantar. A liberdade de expressão do ofensor e o subjetivismo do julgador na análise dos crimes de injúria. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, vol. 61, n. 3, set./dez. 2016, p. 259 – 276

### 3.2 A criminalização da opinião ofensiva enquanto violação ao direito fundamental à liberdade de manifestação

A necessidade de cerceamento do direito à liberdade de expressão com fins à coibição da disseminação do discurso de ódio não gera maiores questionamentos e críticas. Seu potencial de provocar agressões a grupos minoritários é manifesto e, por essa razão, a imposição de restrições ao exercício do direito fundamental resta plenamente justificada.

Quando o discurso, porém, não representa esse risco, sua censura não é justificada e não encontra apoio constitucional ou infraconstitucional.

Como aduz Daniel Sarmento<sup>26</sup>, não se pode admitir que o direito à liberdade de expressão e a amplitude de seu exercício sejam constantemente modificados por influência das noções de moralidade e de “politicamente correto”, que estão em permanente modificação. Com efeito, “a liberdade de expressão não existe só para proteger as opiniões que estão de acordo com os valores nutridos pela maioria, mas também aquelas que chocam e agridem”.

Na mesma esteira, Matheus Assaf<sup>27</sup> defende que “em uma democracia até mesmo as ideias que odiamos devem ser toleradas”. Em defesa da liberdade de expressão e da ampla proteção que ela confere ao discurso ofensivo, ele argumenta que “somos todos igualmente livres para decidir quais os princípios, as crenças e ideologias que moldarão as nossas próprias vidas” e ainda aponta que “as evidências demonstram que o debate amplo e desinibido parece ser a melhor opção no combate aos discursos de ódio e intolerância, uma vez que toda ideia condenada à censura tende mais a ganhar do que a perder forças”.

À luz dessas perspectivas, os critérios elencados por Guiora e Park<sup>28</sup> para identificação de discursos não protegidos pela Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos parecem os mais objetivos e certos, capazes de evitar o cerceamento excessivo e indevido da liberdade de expressão. De acordo com tais diretrizes, o discurso meramente ofensivo estaria protegido pela liberdade de expressão na medida em que não incita a prática de atos que constituem perigo claro e iminente, não caracteriza ameaça concreta, tampouco se enquadra na doutrina das *fighting words*.

---

26 SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”. **SARMENTO, Daniel. Livres e iguais: estudos de direito constitucional.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

27 ASSAF, Matheus. **Liberdade de expressão e discurso de ódio: por que devemos tolerar ideias odiosas?**. Editora Dialética, 2021.

28 GUIORA, Amos; PARK, Elizabeth A. Hate speech on social media. **Philosophia**, v. 45, n. 3, p. 957-971, 2017.

Não obstante seja possível, em um primeiro momento, defender que a injúria estaria contemplada pela doutrina das *fighting words* na medida em que é constituída por insultos pessoais e diretos<sup>29</sup>, é preciso ter em vista que a verbalização do insulto, por si só, não é suficiente. É necessário que as palavras, pelo simples fato de terem sido proferidas, gerem danos ou incitem a perturbação da paz.<sup>30</sup>

Nessa esteira, percebe-se que o tipo penal que prevê o crime de injúria, ao dispor que o delito se consuma com a mera ofensa à dignidade ou decoro de alguém, não exige que a ofensa provoque qualquer efeito específico. A criminalização da conduta, portanto, não pode ser justificada pelo seu enquadramento na doutrina das *fighting words*.

Esse não é, todavia, o único motivo pelo qual se pode apontar a incompatibilidade do crime de injúria com as disposições da Constituição de 1988.

Ainda que se considere, sob uma perspectiva menos liberal, que o discurso de ódio se caracteriza e merece ser cerceado mesmo quando não há qualquer risco concreto à paz social, bastando, para que a restrição à liberdade de expressão seja legítima, que o discurso tenha por fundamento alguma característica minoritária e seja proferido com o intuito de inferiorizar e humilhar, a criminalização da injúria não se justifica.

Consultando novamente o dispositivo legal, percebe-se que o legislador penal não inseriu no tipo qualquer exigência quanto ao teor da ofensa, bastando, para a caracterização do delito, que o insulto seja suficiente para abalar a honra subjetiva de seu destinatário. Ou seja, para que se consuma o delito de injúria não é necessário que a ofensa seja relativa a uma característica minoritária do ofendido, como sua raça, etnia, nacionalidade ou religião.

Tal circunstância se presta a aumentar o hiato existente entre o crime de injúria e a categoria de discurso que autoriza o cerceamento da liberdade de expressão. Como se não bastasse a injúria não caracterizar qualquer ameaça ou incitação à prática de atos violentos, também não se direciona, necessariamente, a quaisquer características de grupos minoritários mais vulneráveis que devam ser protegidos pela Constituição. Tanto é assim que a injúria baseada em características como raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência é prevista especificamente no §3º do artigo 140 do Código Penal, que prevê, nessa hipótese, a aplicação de uma sanção diferenciada e mais grave.

---

29 Nos casos *Cohen VS. California*, 403 U.S. 15 (1971) e *R.A.V. VS. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992), foi fixado o entendimento de que as *fighting words* se limitam a insultos pessoais diretos.

30 MANNHEIMER, Michael J. Fighting Words Doctrine, The. **Colum. L. Rev.**, v. 93, p. 1527, 1993.

Disso decorre que se referir a alguém como “corno”, “anta” ou “ignorante”, como exemplifica Bitencourt, “cachorro”, “trouxa” ou “banana”, como exemplifica Hungria, e “incapaz”, “hipócrita” ou “relapso”, como exemplifica Jesus, pode caracterizar o crime de injúria<sup>31</sup> previsto no *caput* do aludido artigo 140.

Essas hipóteses são tão absurdas quanto parecem e evidenciam que o delito em comento não se presta a assegurar o prevailecimento do princípio da igualdade, ou mesmo o princípio da dignidade da pessoa humana, tampouco a integridade dos grupos minoritários mais vulneráveis. Na realidade, ao que parece o legislador penal pretendeu “educar” os cidadãos, ensinando-os a não proferir “nomes feios” ou se referir ao outro de forma pejorativa.

A Constituição da República, no entanto, não se ocupa da educação daqueles que a ela se submetem, mas sim da previsão de direitos, garantias e regras a que devem se curvar todas as normas editadas para proporcionar a convivência harmônica em sociedade.

A criminalização da injúria, porém, vai de encontro a essa ideia, sendo certo que constitui um obstáculo à livre manifestação do pensamento que não está em consonância com o disposto no rol de direitos fundamentais da Constituição. Isso se torna ainda mais evidente ao se considerar que a própria Carta Magna de 1988 cuidou de designar a esfera cível para a resolução de conflitos decorrentes de violações da honra, também um direito fundamental.

### **3.3 A criminalização da opinião ofensiva enquanto violação ao caráter de ultima ratio do direito penal**

De acordo com o artigo 5º, inciso X, da Constituição da República de 1988, “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Considerando que o legislador constitucional inseriu a honra no rol de direitos fundamentais e a classificou como “inviolável”, naturalmente não se pode defender a não recepção do crime de injúria pela Constituição da República de 1988 sob o fundamento de que a proteção à dignidade e ao decoro não encontram amparo na Carta Magna.

---

31 LEITE, Fábio C.; HANNIKAINEN, Ivar A. R.; NHUCH, Flavia K. Adivinhe quem vem para jantar. A liberdade de expressão do ofensor e o subjetivismo do julgador na análise dos crimes de injúria. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, vol. 61, n. 3, set./dez. 2016, p. 259 – 276.

Não obstante, nota-se que o próprio dispositivo constitucional cuidou de prever que a violação à honra, inclusive subjetiva, de outrem sujeita seu autor ao pagamento, à vítima, de indenização a título de danos materiais ou morais, colocando, portanto, em evidência a suficiência da esfera cível para solucionar os conflitos dessa natureza.

Na medida em que a Constituição da República não referenciou a possibilidade de incidência do direito penal sobre os casos de lesão da honra, é forçoso reconhecer que a criminalização da injúria não encontra amparo constitucional. Ora, se o legislador constituinte pretendesse admitir a imposição de sanção penal a quem ofendesse a honra subjetiva de outrem, teria previsto expressamente tal possibilidade, como fez com o cabimento de indenização por danos materiais ou morais.

Assim, conforme defende Henrique Matheus Fernandes Ferreira<sup>32</sup>, a omissão do legislador constituinte quanto à possibilidade de o direito penal sancionar as violações à honra deve ser interpretada como proibição de fazê-lo.

Como se sabe, a aplicação do direito penal é orientada pelos princípios da intervenção mínima e da necessidade, em virtude dos quais esse ramo assume o caráter de *ultima ratio*, somente podendo ser invocado quando nenhum outro ramo do direito for suficiente para efetivar a tutela do bem jurídico lesado ou ameaçado. Sua aplicação, portanto, é excepcional, pelo que não se pode considerar o direito penal o único meio possível para proteger os bens jurídicos, cuja garantia deve ser o objetivo visado pelo ordenamento jurídico em sua totalidade.<sup>33</sup>

A circunstância, destarte, de o legislador constituinte ter previsto expressamente o direito a indenizações material e moral em caso de violação da honra equivale a um aviso claríssimo de que o direito penal não somente não precisa ser aplicado, mas não pode ser aplicado, sob pena de se ferir o princípio da intervenção mínima.

Não é por outra razão que Stulp e Neto<sup>34</sup> criticam a criminalização não somente da injúria, mas também de outras condutas ofensivas à honra. Os autores ressaltam a ausência, no texto constitucional, de previsão da caracterização de crime e da possibilidade de imposição de sanção penal em casos de violação da honra, questionando, ainda, a efetividade da resolução do conflito pela esfera penal.

---

32 FERREIRA, Henrique Matheus Fernandes. CRIMES CONTRA A HONRA: ABERRAÇÕES JURÍDICAS NO SISTEMA PENAL E DETURPAÇÕES ÉTICAS. *Revista Fronteiras Interdisciplinares do Direito*, v. 2, n. 1, p. 165-175, 2020.

33 ROXIN, Claus. **Derecho Penal parte general**: fundamentos. La estructura de la teoria del delito. 1ª ed. Madrid: Civitas, v. I, 1997.

34 STULP, Lucas Matheus Soares; NETO, Francisco de Carvalho. DESCRIMINALIZAÇÃO DOS CRIMES CONTRA A HONRA. *Anais do 15º Encontro Científico Cultural Interinstitucional e 1º Encontro Internacional*, 2017.

Stulp e Neto criticam o fato de o agente e a vítima, nos crimes contra a honra, ficarem em segundo plano na resposta penal fornecida ao litígio, na medida em que os danos sofridos pelo ofendido não são reparados pela condenação e que a pena imposta não lhe traz qualquer reparação ou satisfação pessoal.

Diante disso, a metáfora utilizada por Stulp e Neto - “utilizamos de um canhão (Código Penal) para alvejar um pardal (crimes contra a honra), e ainda erramos o tiro” - não poderia ser mais clara, deixando evidente que, se a criminalização da injúria era adequada e necessária em 1940, o mesmo não se pode dizer no contexto que se formou a partir de 1988.

Verifica-se, portanto, que a criminalização da injúria ultrapassa os limites estabelecidos na Constituição de 1988, caracterizando o fenômeno que Isaac Victor Oliveira de Souza e Alexander Correa Albino da Silva denominam “banalização do direito penal”, que corresponde, justamente, à aplicação do ramo excepcional do direito a condutas de menor relevância, que não demandariam sua incidência.

Considerando, pois, a manifesta incompatibilidade entre o texto constitucional e a norma criminalizadora, bem como os perigos que esta última representa para uma sociedade pretensamente livre e democrática, alternativa não resta senão concluir pela não recepção, pela Constituição da República de 1988, do tipo penal inserto no artigo 140 do código respectivo.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Parece haver consenso em relação à possibilidade de o direito à liberdade de expressão sofrer limitações em decorrência da necessidade de proteger as minorias, evitando que manifestações e gestos que visem à sua marginalização ou extermínio sejam disseminados. Não obstante exista certa discussão acerca da amplitude que tais restrições podem alcançar, parece, também, haver consenso quanto à importância do direito à liberdade de manifestação e dos perigos de cerceá-la indevidamente. É precisamente em razão disso que causa surpresa o fato de o dispositivo penal que criminaliza a injúria ainda se encontrar em vigor e possuir aplicabilidade prática mesmo após o advento da Constituição da República de 1988.

Tendo em vista que a Carta Magna de 1988 prevê expressamente o direito à livre manifestação do pensamento e que a lesão ao bem jurídico “honra”, também tutelado constitucionalmente, pode ser apreciada e resolvida na esfera cível, a criminalização da injúria representa cerceamento indevido da liberdade de expressão que não pode ser tolerado.

Na medida em que a injúria não é mais que a expressão de uma opinião do sujeito ativo a respeito do sujeito passivo, é necessário reconhecer que tal conduta se enquadra na espécie de discurso meramente ofensivo ou impopular, que, diferentemente do discurso de ódio, deve ser suportado.

Diante disso, ainda que com grande atraso, é urgente que o tipo penal em comento, em face da não recepção pela atual Constituição da República, deixe de vigorar, relegando-se as demandas que tenham por objeto a ofensa à honra subjetiva às ações indenizatórias, como previsto pelo legislador constituinte.

## REFERÊNCIAS

ALCALÁ, Carmen Quesada. La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al discurso de odio en los partidos políticos: coincidencias y contradicciones con la jurisprudencia española. **Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)**, n. 30, p. 4, 2015.

ASSAF, Matheus. **Liberdade de expressão e discurso de ódio: por que devemos tolerar ideias odiosas?**. Editora Dialética, 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. Saraiva Educação SA, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Código penal comentado**. Saraiva Educação SA, 2016.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)> Acesso em: 18 abr 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 18 abr 2021.

DA SILVEIRA, Renata Machado. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. 2007. Disponível em: < [http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_SilveiraRM\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_SilveiraRM_1.pdf)> Acesso em: 15 abr 2021.

DAVIDSON, Thomas et al. Automated hate speech detection and the problem of offensive language. In: **Proceedings of the International AAAI Conference on Web and Social Media**. 2017.

DE GIBERT, Ona et al. Hate speech dataset from a white supremacy forum. **arXiv preprint arXiv:1809.04444**, 2018.

DELMANTO, Celso et al. **Código penal comentado**. 7 ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DELMANTO, EDUARDO DANTE et al. **Código penal comentado**. Saraiva Educação SA, 2017.

FERREIRA, Henrique Matheus Fernandes. CRIMES CONTRA A HONRA: ABERRAÇÕES JURÍDICAS NO SISTEMA PENAL E DETURPAÇÕES ÉTICAS. **Revista Fronteiras Interdisciplinares do Direito**, v. 2, n. 1, p. 165-175, 2020.

FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe de. Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. **Sequência (Florianópolis)**, n. 66, p. 327-355, 2013.

GUIORA, Amos; PARK, Elizabeth A. Hate speech on social media. **Philosophia**, v. 45, n. 3, p. 957-971, 2017.

LEITE, Fábio C.; HANNIKAINEN, Ivar A. R.; NHUCH, Flavia K. Adivinhe quem vem para jantar. A liberdade de expressão do ofensor e o subjetivismo do julgador na análise dos crimes de injúria. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, vol. 61, n. 3, set./dez. 2016, p. 259 – 276.

MACAVANEY, Sean et al. Hate speech detection: Challenges and solutions. **PLoS one**, v. 14, n. 8, p. e0221152, 2019.

MANNHEIMER, Michael J. Fighting Words Doctrine, The. **Colum. L. Rev.**, v. 93, p. 1527, 1993.

NAPOLITANO, Carlo José; STROPPIA, Tatiana. O Supremo Tribunal Federal e o discurso de ódio nas redes sociais: exercício de direito versus limites à liberdade de expressão. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 7, n. 3, p. 313-332, 2017.

PIRES, Gonçalo Neto Cruz. **A (I)Legitimidade Penal do Crime de Injúria**. 2020. Tese de Doutorado. Universidade de Coimbra.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 2, parte especial**: arts. 121 a 183. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ROCHA, Juliana Livia Antunes da; MENDES, André Pacheco Teixeira. **Cartilha de orientação para vítimas de discurso de ódio**. 2020. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/29490/CARTILHA%20DE%20ORIENTA%C3%87%C3%83O%20PARA%20V%C3%8dTINAS%20DE%20DISCURSO%20DE%20C3%93DIO.pdf?sequence=4&isAllowed=y>> Acesso em: 15 abr 2021.

ROTHENBURG, Walter Claudius; STROPPIA, Tatiana. Liberdade de expressão e discurso de ódio: o conflito discursivo nas redes sociais. **Anais do Encontro Nacional de Direito e Contemporaneidade**, 2016.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal parte general**: fundamentos. La estructura de la teoria del delito. 1ª ed. Madrid: Civitas, v. I, 1997.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”. **SARMENTO, Daniel. Livres e iguais: estudos de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

STULP, Lucas Matheus Soares; NETO, Francisco de Carvalho. DESCRIMINALIZAÇÃO DOS CRIMES CONTRA A HONRA. **Anais do 15º Encontro Científico Cultural Interinstitucional e 1º Encontro Internacional**, 2017.

# EXISTE DISCURSO DE ÓDIO INCONSCIENTE? REFLEXÃO À LUZ DA IDEIA DE PRECONCEITO IMPLÍCITO E DAS CATEGORIAS DE DISCURSO DE ÓDIO PROPOSTAS POR CALEB YONG

Ana Maria Bezerra Eufrazio<sup>1</sup>

## RESUMO

É comum haver análises de discursos de ódio que sejam, de maneiras explícita ou planejadamente mascarada, ofensivos, sendo muito estudadas as visões, umas mais liberais, outras mais restritivas, acerca dos limites da liberdade de expressão nessas situações. Este artigo chama a atenção para outra classe igualmente desafiadora, qual seja, a de discursos automática e implicitamente preconceituosos, nos quais o caráter ofensivo acontece de maneira não intencional, resultado de uma reprodução inconsciente de ideias que foram introjetadas sem reflexão. Valorizando, então, a interdisciplinaridade entre direito e psicologias cognitiva e social, o trabalho reflete sobre se referida expressão, proferida sem que tenha havido uma consideração prévia completa acerca de suas potenciais implicações, pode ser enquadrada como sendo discurso de ódio, ao exibir conteúdos latentemente preconceituosos. Assim, passando por análises acerca das vias rápida e devagar de funcionamento da mente humana, além de considerações sobre preconceito implícito e racismo estrutural, a presente pesquisa, após apresentar as quatro categorias de discurso de ódio propostas por Caleb Yong, aponta para a existência de uma quinta categoria - o discurso de ódio inconsciente -, trazendo exemplos e indicando possíveis combates a esse tipo de expressão, em direção à construção de uma estrutura social verdadeiramente mais respeitosa.

## INTRODUÇÃO

Muito se discorre acerca dos limites da liberdade de expressão quando diante de situações nas quais se lida com discursos odiosos. Trata-se de temática extremamente desafiadora, tanto no que diz respeito às delimitações do que seriam discursos de ódio, como às tentativas de se achar as melhores alternativas para combater re-

---

1 Mestranda em Direito, na área de estudos sobre hermenêutica jurídica nas matrizes fenomenológica e epistemológica, pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), onde recebe Bolsa da CAPES. Advogada. Pós-graduanda em Direito de Empresa pela PUC Minas. Membro do Núcleo de Pesquisa em Interpretação e Decisão Judicial (NUPID). E-mail para contato: anamaria.mbezerra@gmail.com.

feridas ofensas. Se já é difícil tratar dessa questão quando o ódio já vem, de alguma forma, expresso, o debate se torna ainda mais inquietante quando a ofensa não é assim tão clara.

O presente trabalho, nessa perspectiva, pretende chamar a atenção para uma camada de discursos na qual o ódio não vem nem explícito, nem mesmo codificado ou mascarado de maneira intencional, não tendo consciência o próprio comunicador – que, geralmente, não se mostra preconceituoso em outras declarações ou áreas de sua vida – do caráter potencialmente ofensivo do que está propagando. Trata-se de expressões e comportamentos que são produzidos ou reproduzidos sem que haja uma reflexão completa sobre as suas possíveis implicações no mundo, muitas vezes frutos de uma recepção passiva de ideias preconceituosas que já foram ultrapassadas, pelo menos à nível consciente e formal.

Assim, muitas vezes, quem os profere, geralmente consegue ressignificar ou mudar o seu comportamento depois de ter sido alertado sobre o lado ofensivo de sua fala ou atitude. Por esse ângulo, referida forma de discurso se mostra como espelho de uma estrutura social que precisa ser estimulada a rever ativamente questões que ainda atualmente se mostram problemáticas. Assim, busca-se analisar referido tipo de expressão à luz do contexto das categorias de discurso de ódio propostas por Caleb Yong e da ideia de preconceito implícito importada das psicologias cognitiva e social.

Diante do exposto, optou-se por dividir o texto em três partes, tendo sido adotada a metodologia exploratória, por meio da pesquisa bibliográfica e da apresentação de exemplos que facilitem a compreensão, destacando que se trata de estudo inicial, o qual abre o caminho para eventuais aprofundamentos ou melhorias de questões ainda mais específicas futuramente.

A primeira parte, então, expõe as ideias trazidas por Caleb Yong, em seu texto *“Does Freedom of Speech Include Hate Speech?”*, incluindo o desdobramento que o autor faz do termo “inclui” em dois outros – quais sejam “cobre” e “protege”, diferenciando-os –, a sua exposição sobre os principais fundamentos do Princípio da Liberdade de Expressão, e a análise das quatro categorias de discurso de ódio por ele propostas, com suas respectivas características e implicações.

No segundo momento da pesquisa, valendo-se, principalmente, de noções das psicologias cognitiva e social, é apresentado o contexto em torno de preconceito implícito, além da exposição sobre ideias estruturalmente presentes na sociedade, para

então ser desenvolvido o que seriam discursos inconscientemente preconceituosos, chamando a atenção, também, para quando esse tipo de expressão é articulado por pessoas ou empresas com grande poder de influência.

Finalmente, a última parte do texto analisa a classe dos discursos inconscientemente preconceituosos à luz das ideias de Caleb Yong, indicando os motivos pelos quais não se encaixa perfeitamente em nenhuma das categorias de discurso de ódio por ele propostas. Aponta-se, então, uma categoria diversa, chamada de discurso de ódio inconsciente, no sentido de implícito e automático, que será considerada coberta, mas não protegida pelo Princípio da Liberdade de Expressão, sendo, portanto, regulável. Por fim, breves considerações são realizadas acerca de possíveis formas de se combater a categoria de discurso de ódio em questão, sem deixar de levar em consideração que não é porque um discurso é regulável que ele deva ser regulado, comentando sobre como mais discurso, materializado de diferentes formas, pode focar no estímulo à reflexão e tornar a comunicação mais respeitosa.

Dessa forma, espera-se que, ao final do texto, tenha-se conseguido provocar o leitor sobre o problema dos discursos implicitamente preconceituosos, chamando a atenção para a importância da reflexão e das sinceras disposição e abertura para compreender o outro e a si mesmo, de forma a contribuir para uma sociedade mais respeitosa em todos os níveis.

## 1 DISCURSO DE ÓDIO E LIBERDADE DE EXPRESSÃO TAIS COMO ANALISADOS POR CALEB YONG

Caleb Yong propõe, em seu texto intitulado “*Does Freedom of Speech Include Hate Speech?*”<sup>2</sup>, uma classificação específica em torno do conceito de discurso de ódio, apresentando quatro diferentes categorias desse tipo de expressão, cada uma com suas respectivas implicações.

Ele acredita que a melhor forma de conceituar discurso de ódio é fazendo uma análise caso a caso, “já que diferentes tipos de atos de discurso, todos deles podendo ser referidos como ‘discurso de ódio’, envolvem modos muito diferentes de interesses relacionados ao livre discurso e podem causar formas muito diferentes de danos”<sup>3</sup>, propondo uma alternativa, então, aos conceitos amplos que geralmente se encontra.

2 (Does freedom of speech include hate speech? **Res Publica**, v. 17, p. 385-403, 2011).

3 (tradução livre pela autora) “*since different kinds of speech acts, all of which may plausibly be termed ‘hate speech’, involve very different kinds of free speech interests, and may cause very different kinds of harm*” (YONG, Caleb. Does freedom of speech include hate speech? **Res Publica**, v. 17, p. 385-403, 2011, p. 386).

É importante destacar, desde logo, que Yong ressalta não pretender ser exaustivo nesta sua proposta de categorização, chamando a atenção para o fato de deixar em aberto, ou seja, não tratar sobre algumas questões. Ele, então, apresenta a sua proposta como um “esquema disjuntivo apenas porque acredita que ele representa uma moldura analítica útil”<sup>4</sup> dentro do contexto do tema sobre discurso de ódio.

Dessa forma, neste primeiro momento, será apresentada a sua proposta e o contexto em torno dela para que se constitua arcabouço teórico a servir de base para análise posterior do que seria um discurso de ódio inconsciente.

## 1.1 Cobertura, proteção e possibilidade de regulação

Para entender a categorização proposta por Caleb Yong, é fundamental ter em mente a diferenciação entre os termos cobertura e proteção, que estão abrangidos pelo verbo “incluir”, utilizado logo no título de seu texto, e as consequências de um discurso ser ou não coberto e protegido pelo Princípio da Liberdade de Expressão, sendo ou não passíveis de restrições legal ou institucional.

No que tange à cobertura, Yong<sup>5</sup> afirma que discursos que fogem do escopo do Princípio da Liberdade de Expressão são os que não envolvem quaisquer fundamentos relacionados a ele. Caso um discurso não seja, nesse aspecto, coberto por esse Princípio, ele poderá ser restrito ou regulamentado sem que isso gere maiores controvérsias, bastando apenas que cause um mero dano; por outro lado, o fato de um discurso ser, sim, considerado coberto por referido Princípio não gera automaticamente a impossibilidade de sua regulação. O desdobramento do termo “incluído”, então, segue para a análise acerca da proteção. Segundo o autor, um discurso que é coberto pelo Princípio da Liberdade de Expressão pode ser ou não protegido por esse mesmo Princípio. Com efeito, Yong explana:

Discurso não é protegido quando, apesar de avançar em algum dos interesses e valores que o Princípio da Liberdade de Expressão pretende proteger, como estipulado nas variadas formas de fundamentos do livre discurso, esses são

---

4 (tradução livre pela autora) “... *on this disjunctive schema only because I believe it represents a useful analytical framework*”. (YONG, Caleb. Does freedom of speech include hate speech? **Res Publica**, v. 17, p. 385-403, 2011, p. 386).

5 (YONG, Caleb. Does freedom of speech include hate speech? **Res Publica**, v. 17, p. 385-403, 2011, p. 388).

claramente superados por outros interesses convincentes, tais como a prevenção de sérios danos ou erros aos ouvintes pretendidos ou à sociedade como um todo.<sup>6</sup>

Assim, caso um discurso seja, além de coberto pelo Princípio da Liberdade de Expressão, pois tem relação com fundamentos deste, protegido por ele, já que não envolve outros interesses que ultrapassam, em relevância, os argumentos cobertos, então esse discurso não será considerado regulável. No entanto, se for coberto, mas não for protegido, nesse caso, poderá ser regulado<sup>7</sup>. Isso leva, então, para a questão acerca da possibilidade de regulamentação dos discursos.

Nesse sentido, Yong afirma que não é porque um discurso é regulável que ele deva ser regulado, apresentando se tratar apenas de possibilidade. Um discurso regulável pode ou não ser regulado, mas se ele deve ou não o ser é uma distinta questão. Pode acontecer, assim, de um discurso poder ser regulado, mas por alguma razão não relacionada ao Princípio da Liberdade de Expressão, ele não deva o ser, pois, por exemplo, seria contraprodutivo para atingir o fim a que a restrição visaria<sup>8</sup>. Nas palavras do autor:

Discurso é regulável quando pode ser regulado ou restrito por intermédio de meios legais e institucionais sem violar o Princípio da Liberdade de Expressão. Isso, entretanto, não é uma razão conclusiva para de fato regular aquele discurso. Discurso regulável pode ser regulado, mas discurso deve ser regulado apenas quando há uma boa razão, considerando todas as questões, para a regulação.<sup>9</sup>

---

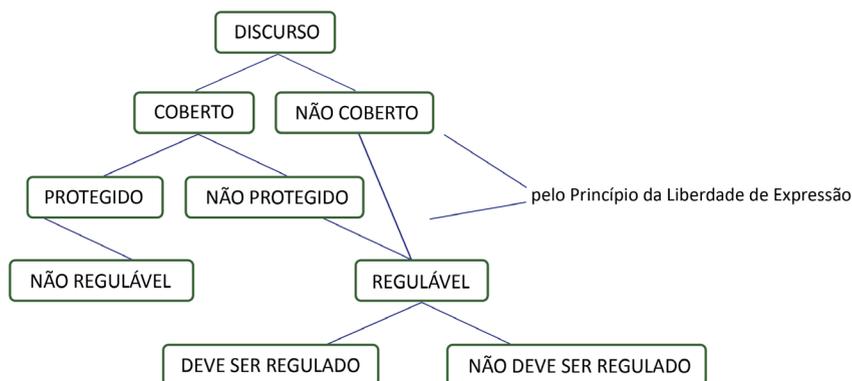
6 (tradução livre pela autora) “*Speech is unprotected when, though it advances some of the interests and values that the FSP is intended to protect, as stipulated in the various free speech justifications, these are clearly outweighed by other compelling interests, such as the prevention of very serious harms or wrongs to the intended hearers, or to society at large*” (YONG, Caleb. Does freedom of speech include hate speech? **Res Publica**, v. 17, p. 385-403, 2011, p. 388).

7 (YONG, Caleb. Does freedom of speech include hate speech? **Res Publica**, v. 17, p. 385-403, 2011, p. 388).

8 (YONG, Caleb. Does freedom of speech include hate speech? **Res Publica**, v. 17, p. 385-403, 2011, p. 388).

9 (tradução livre pela autora) “*Speech is regulable when it can be regulated or restricted through legal and institutional means without violating the FSP. This, however, is not a conclusive reason to actually regulate that speech. Regulable speech may be regulated, but speech should be regulated only when there is good reason, all things considered, for regulation*” (YONG, Caleb. Does freedom of speech include hate speech? **Res Publica**, v. 17, p. 385-403, 2011, p. 389).

Dessa forma, um discurso pode ser coberto ou não coberto, além de protegido ou não protegido pelo Princípio da Liberdade de Expressão. Em não sendo coberto, ou em sendo coberto e não protegido, será regulável, devendo ou não ser regulado. Em sendo coberto e protegido, não será regulável, sendo incluído totalmente pelo Princípio em questão. A seguir, um quadro que sintetiza essas informações:



Yong, então, passa a analisar cada categoria de discurso (de ódio) quanto à sua cobertura e proteção pelo Princípio da Liberdade de Expressão, chegando à conclusão sobre se se trata de discurso regulável ou não regulável, ou seja, se pode ou não ser restrito, mas sem tratar sobre se referido discurso deve ou não ser regulado<sup>10</sup>. O passo que leva à conclusão de um discurso ser ou não regulável já aponta para questões relevantes, sem precisar, necessariamente, adentrar nas questões relacionadas ao dever-ser. Nesse contexto, descobrir que um discurso não é regulável pode “motivar respostas outras que não especificamente restrições legais ou institucionais”<sup>11</sup>, tais como pressões sociais específicas.

Antes de apresentar a sua proposta de categorias de discurso de ódio, no entanto, Yong discorre sobre os fundamentos do Princípio da Liberdade de Expressão, os quais servirão de base para categorizar os diferentes tipos de discurso de ódio e ponderar a relação de cada um deles com referido Princípio.

10 (YONG, Caleb. Does freedom of speech include hate speech? **Res Publica**, v. 17, p. 385-403, 2011, p. 389). O autor deixa bastante claro que não fará a análise sobre o “dever ser” da regulação no presente texto.

11 (tradução livre pela autora) “...motivate responses other than specifically legal or institutional restriction...” (YONG, Caleb. Does freedom of speech include hate speech? **Res Publica**, v. 17, p. 385-403, 2011, p. 389).

## 1.2 Principais fundamentos do Princípio da Liberdade de Expressão

São quatro os principais argumentos<sup>12</sup> que fundamentam o Princípio da Liberdade de Expressão, como demonstra Yong, os quais são divididos em consequencialistas, quando se está diante da estratégia que defende que, “por causa de algum valor ou interesse que o discurso promove, permitir o discurso vai trazer benefícios especiais que irão superar, em geral, o dano que ele produz”<sup>13</sup>, e em não-consequencialistas, quando se está diante de situações nas quais “certas restrições de discurso, ou certas razões para se restringir discurso, violam inadmissivelmente algum direito do orador, da audiência ou dos espectadores”<sup>14</sup>.

O primeiro fundamento consequencialista que justifica a defesa da liberdade de expressão diz respeito ao Argumento da Verdade, o qual defende, conforme explana Yong, que os envolvidos em um discurso, ao receberem, bem como manifestarem, livremente, expressões que espelham ideias e opiniões, reúnem condições de avaliá-las, compará-las e, se for o caso, desafiá-las, elegendo a melhor opção em um espaço deliberativo de ideias. Esse argumento é relacionado a dois apelos, quais sejam o de que ideias verdadeiras tendem a prevalecer em detrimento de ideias falsas e o de que a censura pode levar a uma supressão – parcial ou total – da verdade, sendo, então, pior alternativa que a liberdade.<sup>15</sup> Caleb Yong destaca, ainda, que a verdade se relaciona a valores sociais, pois promove o avanço do conhecimento e permite a escolha livre pelos indivíduos e pela sociedade de modos individuais e coletivos de se viver, mas ressalta que não se trata a verdade de valor absoluto<sup>16</sup>.

O outro fundamento consequencialista diz respeito ao Argumento do Desenvolvimento Pessoal, sendo o principal valor defendido, agora, a liberdade de o indivíduo

---

12 Yong chama a atenção para o fato de que, “se o Princípio da Liberdade de Expressão (...) vai, às vezes, proteger um discurso, mesmo quando ele produz algum dano, esse Princípio deve ser apoiado por fundamentos distintos e significativos” (tradução livre pela autora). “*If the FSP as a distinct and significant doctrine sometimes protects speech even when it produces harm, then the FSP must be supported by distinctive and significant justifications*” (YONG, Caleb. Does freedom of speech include hate speech? **Res Publica**, v. 17, p. 385-403, 2011, p. 389).

13 (tradução livre pela autora) “*because of some value or interest which speech promotes, allowing speech will bring special benefits which will trump, overall, the harm it produces*” (YONG, Caleb. Does freedom of speech include hate speech? **Res Publica**, v. 17, p. 385-403, 2011, p. 389).

14 (tradução livre pela autora) “*...that certain restrictions on speech, or certain reasons for restricting speech, impermissibly violate some right of the speaker(s), the audience or bystanders*” (YONG, Caleb. Does freedom of speech include hate speech? **Res Publica**, v. 17, p. 385-403, 2011, p. 389).

15 (YONG, Caleb. Does freedom of speech include hate speech? **Res Publica**, v. 17, p. 385-403, 2011, p. 390).

16 (YONG, Caleb. Does freedom of speech include hate speech? **Res Publica**, v. 17, p. 385-403, 2011, p. 390).

poder “escolher o seu próprio plano de vida, de acordo com as suas próprias concepções sobre qual forma de vida é (ou lhe encaixa) melhor”<sup>17</sup>. Afirmando amparar-se em Barendt e em Raz, respectivamente, Yong explica, nesse contexto, que a discussão pública livre é relevante para os desenvolvimentos intelectual e espiritual das pessoas e que a disseminação de “ideias e práticas que formam parte das diferentes formas de vida ajuda a publicamente validar essas formas distintas de vida”<sup>18</sup>. De fato, reflete-se, uma pessoa que se vê diversa em um grupo específico em que pode estar inserida irá, certamente, se sentir validada e acolhida ao perceber que, ainda que não tenha contato direto com outros indivíduos iguais ou parecidos com ela, eles existem e são aceitos dentro da sociedade. Daí, por exemplo, a importância da representatividade livre em novelas, músicas e redes sociais.

Passando para os argumentos não-consequencialistas que justificam a defesa da liberdade de expressão, Yong apresenta, inicialmente, o Argumento da Participação dos Cidadãos no Autogoverno Democrático. Esse fundamento está inserido no contexto de um Estado em que os cidadãos detêm a soberania popular, o que indica a importância de poderem deliberar sobre questões políticas, externalizando ideias próprias e internalizando ideias alheias, abrindo espaço, assim, para a formação de opinião pública, o que representa a sua participação nos processos políticos democráticos.<sup>19</sup>

Por fim, o último fundamento do Princípio da Liberdade de Expressão tratado por Yong diz respeito ao não-consequencialista Argumento do Direito à Autonomia, baseado na ideia de igualdade. Apoiando-se em Ronald Dworkin, Yong explana que o Estado deve considerar e respeitar as ideias e as formas de todos os indivíduos de maneira igual, não podendo, dessa forma, interpretar como mais importantes apenas algumas valorações em detrimento de outras.<sup>20</sup> De fato, a reivindicação, neste argumento, diz respeito à necessidade de “proteção contra regulação que discrimina contra certas visões e concepções do bom”, existindo, portanto, “uma constrição

---

17 (tradução livre pela autora) “...of choosing her own plan of life, according to her own conception of which form of life is (or suits her) best” (YONG, Caleb. Does freedom of speech include hate speech? **Res Publica**, v. 17, p. 385-403, 2011, p. 391).

18 (tradução livre pela autora) “...of ideas and practices which form part of different ways of life help to publicly validate these distinct ways of life...” (YONG, Caleb. Does freedom of speech include hate speech? **Res Publica**, v. 17, p. 385-403, 2011, p. 391).

19 (YONG, Caleb. Does freedom of speech include hate speech? **Res Publica**, v. 17, p. 385-403, 2011, p. 392).

20 (YONG, Caleb. Does freedom of speech include hate speech? **Res Publica**, v. 17, p. 385-403, 2011, p. 393).

moral contra violar o Princípio da Liberdade de Expressão”<sup>21</sup> considerado nesse aspecto. Todos, então, possuem igual autonomia de serem quem são.

Após essa explicação acerca dos principais fundamentos do Princípio da Liberdade de Expressão, tais como apresentados por Caleb Yong, depois de já se ter passado pela diferenciação entre os campos da cobertura e da proteção e das consequências que envolvem possibilidade ou não de regulação de um discurso, passar-se-á, finalmente, à proposta de conceituação não-exaustiva de discurso de ódio por categorias, de Caleb Yong.

### 1.3 Categorias de discurso de ódio propostas por Caleb Yong

Caleb Yong começa apresentando a categoria da “ofensa dirigida” (*targeted vilification*)<sup>22</sup>. É válido destacar, antes de detalhar essa primeira categoria, o conceito de ofensa em geral, quando tida nesse contexto de categorias de discurso de ódio, que também servirá para a especificação da próxima classe apresentada por Yong. Ofensa, nesse sentido, representa discurso onde “a intenção dominante é ferir, insultar ou intimidar a audiência, motivada por uma hostilidade direcionada ou desprezo pela identidade racial ou religiosa dessa audiência”<sup>23</sup>. Dessa forma, a ofensa é dirigida quando é “direcionada a um indivíduo específico ou a um pequeno grupo de indivíduos”<sup>24</sup>.

Nesse contexto, a ofensa dirigida não carrega em si nenhuma carga comunicativa, pois a intenção de quem expressa esse tipo de discurso não é se comunicar ou defender alguma ideia ou opinião racional, mas objetiva predominantemente ferir e intimidar, mediante a escolha de palavras (ou outros tipos de expressões) que geralmente causam reações tais como “angústia emocional, comentários de retaliação visceral ou mesmo violência”<sup>25</sup>. Yong reflete, nesse contexto:

---

21 (tradução livre pela autora) “...*protection from regulation that discriminates against their views and conceptions of the good, and therefore that there is a moral constraint against violating the FSP*” (YONG, Caleb. Does freedom of speech include hate speech? **Res Publica**, v. 17, p. 385-403, 2011, p. 393).

22 (tradução livre pela autora) (YONG, Caleb. Does freedom of speech include hate speech? **Res Publica**, v. 17, p. 385-403, 2011, p. 394).

23 (tradução livre pela autora) “[*Vilification as a category of hate speech is speech whose dominant intention is to wound, insult or intimidate the audience, motivated by hostility towards or contempt for the audience’s racial or religious identity*” (YONG, Caleb. Does freedom of speech include hate speech? **Res Publica**, v. 17, p. 385-403, 2011, p. 394).

24 (tradução livre pela autora) “...*directed at a specific individual or small group of individuals*” (YONG, Caleb. Does freedom of speech include hate speech? **Res Publica**, v. 17, p. 385-403, 2011, p. 394).

25 (tradução livre pela autora) “*emotional distress, visceral retaliatory remarks, or even violence*” (YONG, Caleb. Does freedom of speech include hate speech? **Res Publica**, v. 17, p. 385-403, 2011, p. 394).

Se existisse real intenção de comunicar uma opinião avaliativa particular ou uma preferência política, o orador dificilmente direcionaria o discurso a uma audiência tão limitada, e ainda menos uma audiência que é, claramente, a menos provável de ser convencida de tais visões.<sup>26</sup>

O autor, diante do exposto, enxerga a ofensa dirigida como discurso de ódio não coberto pelo Princípio da Liberdade de Expressão, pois não traz consigo – ou traz de maneira pouquíssimo acentuada – interesses relacionados aos fundamentos desse princípio, além de que a sua restrição não estaria desrespeitando nenhum direito relacionado a ele<sup>27</sup>. Como visto na seção anterior, o Princípio da Liberdade de Expressão se importa, principalmente, com verdade, desenvolvimento pessoal, participação popular no processo democrático e autonomia; na medida em que a ofensa dirigida pretende predominantemente ferir ou intimidar, não dizendo respeito a expressão de ideias e valores propriamente ditos, não há de se falar em cobertura pelo princípio em questão. A não cobertura resulta, como consequência, ser essa categoria de discurso regulável, ou seja, ela pode ser regulada<sup>28</sup>.

A segunda categoria de discurso de ódio proposta pelo autor em questão é a “ofensa difusa” (*diffuse vilification*)<sup>29</sup>, a qual difere da ofensa dirigida porque “é direcionada ou (parcialmente) a uma audiência pública simpatizante ou a uma audiência ampla e indeterminada”<sup>30</sup>, além de que os indivíduos afetados não precisam necessariamente fazer parte da audiência diretamente percebível, podendo ser espectadores<sup>31</sup>.

---

26 (tradução livre pela autora) “...if there were a real intention to communicate a particular evaluative opinion or political preference, the speaker hardly direct the speech at such a narrow audience, and still less an audience that is clearly the least likely to be persuaded of such views” (YONG, Caleb. Does freedom of speech include hate speech? **Res Publica**, v. 17, p. 385-403, 2011, p. 394).

27 (YONG, Caleb. Does freedom of speech include hate speech? **Res Publica**, v. 17, p. 385-403, 2011, p. 395).

28 Lembrando que Caleb Yong não pretende verificar se as categorias de discurso de ódio por ele propostas devem ou não ser reguladas, mas foca apenas na possibilidade ou permissividade de eventual restrição.

29 (tradução livre pela autora) (YONG, Caleb. Does freedom of speech include hate speech? **Res Publica**, v. 17, p. 385-403, 2011, p. 396).

30 (tradução livre pela autora) “but is directed either (partly) to a sympathetic public audience, or at a wide and indeterminate audience” (YONG, Caleb. Does freedom of speech include hate speech? **Res Publica**, v. 17, p. 385-403, 2011, p. 396).

31 É interessante destacar a diferença entre os possíveis participantes de um discurso, a qual é explanada por Caleb Yong, apoiado em Scalon, que “sugere essa distinção tripartite entre participantes (o que [Yong chama] de ‘oradores’), audiência e espectadores. [Yong adota] uma versão ligeiramente adaptada desse esquema. Resumidamente, o falante é o originador da comunicação, o público é o destinatário imediato da comunicação e os espectadores são aqueles que são expostos à comunicação e/ou seus efeitos, mas não são os destinatários imediatos pretendidos”. (tradução livre pela autora) “Scanlon (2003, pp. 85–88) suggests this tripartite distinction between participants (what I call ‘speakers’), audience and bystanders. I will adopt a slightly adapted version of this schema. Briefly, the speaker is the originator of the communication, the audience is the immediate intended recipient

Apesar desse intuito ofensivo, é possível enxergar certo conteúdo cognitivo nesse tipo de discurso, pois envolve, justamente, uma audiência mais ampla, podendo representar, ainda que minimamente e de forma a não abrir espaço para comunicação construtiva, algum tipo de opinião política ou modo de interpretação histórica. Yong, por isso, considera essa categoria de discurso de ódio como sendo coberta pelo Princípio da Liberdade de Expressão, já que envolve alguns de seus interesses. No entanto, trata-se de um discurso não protegido, “pois a intenção principal é ferir ou intimidar, e o conteúdo cognitivo é tipicamente insubstancial, então a significância desses interesses é fortemente diminuída”.<sup>32</sup> Por ser coberto, mas não protegido, trata-se, conseqüentemente, de discurso regulável. Sobre essa categoria de discurso de ódio e a possibilidade de sua restrição, Yong discorre:

Ela age por meio de uma intervenção muito mais direta no domínio público – enviando um sinal público para os seus alvos, um sinal cuja intenção é insultar ou intimidar. Quando uma legislação objetiva controlar esse dano, ela opera simplesmente por meio de uma tentativa de desabilitar a habilidade de enviar tais sinais públicos; ela não tenta influenciar as maneiras pelas quais os agentes são capazes de propagar ou acessar certas visões.<sup>33</sup>

A próxima categoria de discurso de ódio proposta por Caleb Yong é a “defesa política organizada em favor de políticas eliminatórias ou de exclusão” (*organised political advocacy for exclusionary and/or eliminationist policies*)<sup>34</sup>, a qual é considerada coberta, mas não protegida pelo Princípio da Liberdade de Expressão. Como o próprio termo já direciona, trata-se de expressão extremamente discriminatória, pois explicitamente<sup>35</sup> busca disseminar ideias políticas relacionadas à retirada de direitos civis e

---

*of the communication, and the bystanders are those who are exposed to the communication and/or its effects, but are not the immediate intended recipients*” (YONG, Caleb. Does freedom of speech include hate speech? **Res Publica**, v. 17, p. 385-403, 2011, p. 389).

- 32 (tradução livre pela autora) “*the main intention is to wound or intimidate, and the cognitive content is typically insubstantial, the significance of these interests is greatly diminished*” (YONG, Caleb. Does freedom of speech include hate speech? **Res Publica**, v. 17, p. 385-403, 2011, p. 397).
- 33 (tradução livre pela autora) “*It acts through a much more direct intervention in the public domain—by sending a public signal to its targets, a signal which is intended to insult or intimidate. When a law aims to control this harm, it operates simply by attempting to disable the ability to send such public signals; it does not attempt to influence the ways in which agents are able to propagate or access certain views*” (YONG, Caleb. Does freedom of speech include hate speech? **Res Publica**, v. 17, p. 385-403, 2011, p. 398).
- 34 (tradução livre pela autora) (YONG, Caleb. Does freedom of speech include hate speech? **Res Publica**, v. 17, p. 385-403, 2011, p. 398).
- 35 Yong não deixa de ressaltar que o que se enquadra nesta categoria é “organizado, explicitamente político discurso – e não opiniões valorativas gerais” (tradução livre pela autora). “*organised, explicitly political speech—and not general evaluative opinions*” (YONG, Caleb. Does freedom of speech include hate speech? **Res Publica**, v. 17, p. 385-403, 2011, p. 398).

políticos de determinados grupos, podendo chegar em um nível ainda mais absurdo, em que se advoga pela eliminação desses indivíduos da população<sup>36</sup>.

O autor passa, nesse sentido, por cada um dos argumentos do Princípio da Liberdade de Expressão, relacionando-os com essa categoria de discurso de ódio, e aponta que, de nenhuma forma, seria justificado que esse tipo de expressão seja protegido pelo referido princípio, já que, apesar de ser coberto, pois se trata de opinião política realmente estruturada, “há uma grande probabilidade de que referido discurso faça com que as políticas defendidas ganhem apoio político massivo e sejam promulgadas”<sup>37</sup>, o que iria de encontro ao estado democrático e liberal no qual o próprio Princípio da Liberdade de Expressão foi instaurado. Há, dessa maneira, uma ideia de “paradoxo da democracia”, pois “defesa política e organização em favor de políticas eliminatórias e de exclusão criam o perigo de que uma maioria eleitoral possa escolher um governo antidemocrático”<sup>38</sup>. Dessa forma, Yong conclui que essa categoria de discurso de ódio, coberta e não-protetida pelo Princípio da Liberdade de Expressão, é regulável.

Por fim, a última categoria que Yong apresenta diz respeito a “outras declarações adversas de fato e valor que constituem um julgamento negativo sobre um grupo racial ou religioso identificável” (*other assertions of fact or value which constitute an adverse judgment on an identifiable racial or religious group*)<sup>39</sup>. Esse tipo de discurso, apesar de poder alcançar grupos específicos, possui claro conteúdo cognitivo, abrindo espaço para deliberação mais do que para reações emocionais. Yong destaca que esse tipo de expressão pode ser contra-argumentado com outras expressões de fato e valor, em um jogo deliberativo e com potencial construtivo de diálogo.<sup>40</sup> O exemplo que ele dá diz respeito ao fato de o discurso “que associa um grupo racial ou religioso particular com criminalidade ou doença pode ser combatido por argumentos e afirmações em contrário, de uma forma que não era possível por

---

36 (YONG, Caleb. Does freedom of speech include hate speech? **Res Publica**, v. 17, p. 385-403, 2011, p. 398).

37 (tradução livre pela autora) (YONG, Caleb. Does freedom of speech include hate speech? **Res Publica**, v. 17, p. 385-403, 2011, p. 398).

38 (tradução livre pela autora) “*Political advocacy and organisation in favour of exclusionary and eliminationist policies create the danger that an electoral majority might choose an anti-democratic government*” (YONG, Caleb. Does freedom of speech include hate speech? **Res Publica**, v. 17, p. 385-403, 2011, p. 399).

39 (tradução livre pela autora) (YONG, Caleb. Does freedom of speech include hate speech? **Res Publica**, v. 17, p. 385-403, 2011, p. 386).

40 (YONG, Caleb. Does freedom of speech include hate speech? **Res Publica**, v. 17, p. 385-403, 2011, p. 401).

mera ofensa [(*vilification*)], a qual [Yong] argumentou convidar a uma inarticulada, em vez de deliberativa, resposta”<sup>41</sup>.

Dessa forma, ele defende que essa última categoria se trata de discurso de ódio coberto e protegido pelo Princípio da Liberdade de Expressão, não podendo, então, ser regulada. Em não sendo regulável, Yong afirma que esse discurso de ódio pode ser melhor combatido por meio do que se chama de ‘mais discurso’.<sup>42</sup>

Essas foram, então, as categorias de discurso de ódio apresentadas por Caleb Yong em seu texto. Passar-se-á, nas próximas seções, a tratar sobre um tipo de discurso específico, que envolve mecanismos cognitivos implícitos, para então pensar na possibilidade de seu enquadramento em uma das categorias até aqui expostas, e analisar as implicações dessa reflexão, objetivando, principalmente, chamar a atenção para discursos que, sem a intenção e sem a consciência de seu potencial de discriminação, espelham problemas estruturais de seres humanos inseridos em determinadas sociedades.

## 2 PRECONCEITO IMPLÍCITO, RACISMO ESTRUTURAL E DISCURSOS INCONSCIENTEMENTE PRECONCEITUOSOS

Neste tópico, serão importados termos das psicologias cognitiva e social, buscando explicar como o funcionamento da mente humana, influenciada que é por experiências pessoais, familiares, culturais e históricas, pode levar à proliferação de expressões que escondem origens discriminatórias – mesmo que o objetivo não seja, de nenhuma forma, esconder racionalmente essas origens ou discriminar propriamente –, possuindo o potencial de gerar ofensas e danos.

É importante ressaltar, desde logo, que o discurso que irá ser aqui apresentado se difere daquele chamado “*coded speech*”<sup>43</sup>, o qual, às vezes, é encontrado em tra-

---

41 (tradução livre pela autora) “*associating a particular racial or religious group with criminality or disease can be countered by arguments and assertions to the contrary, in a way that was not possible for mere vilification, which as I have argued invites an inarticulate rather than deliberative response*” (YONG, Caleb. Does freedom of speech include hate speech? **Res Publica**, v. 17, p. 385-403, 2011, p. 401).

42 (YONG, Caleb. Does freedom of speech include hate speech? **Res Publica**, v. 17, p. 385-403, 2011, p. 402).

43 O *coded speech* está relacionado com atitudes que buscam mascarar o significado real da expressão. Nesse aspecto, “o significado convencional das palavras pode se deslocar, para que representações odiosas se tornem codificadas em discurso comum” (tradução livre pela autora). “...*the conventional meanings of words can shift, so that hateful representations become encoded in ordinary speech*” (LEPOUTRE, Maxime. **Hate Speech in Public Discourse: A Pessimist Defense of Counterspeech**. In: *Social Theory and Practice*, v. 43, n. 4, p. 851-883, 2017, p. 867).

balhos sendo chamado de discurso implícito<sup>44</sup>. A utilização do termo ‘implícito’ pode gerar confusão com o que esta pesquisa pretende investigar. O discurso codificado ou implícito, no sentido comumente utilizado no contexto de textos relacionados a discurso de ódio, diz respeito a discursos em que o orador tenta, de alguma forma, intencionalmente, mascarar ou amenizar o ódio nele contido, por meio da utilização de símbolos, paráfrases ou expressões genéricas ou ambíguas – vindo, muitas vezes, por exemplo, em forma de sarcasmo. Nesse tipo de discurso, a intenção é, no fundo, se não ofender, pelo menos intimidar ou insinuar algum dado ofensivo. Assim, a codificação ou a utilização de palavras com mais de um sentido, no *coded speech*, servem para dificultar a identificação do ódio nele contido e, conseqüentemente, distanciar eventuais repressões legais ou institucionais a ele<sup>45</sup>. Nesse sentido, “discurso de ódio implícito emprega circunlocução, metáfora ou estereótipos para transmitir ódio de um determinado grupo, em que o ódio pode ser capturado pela compreensão de sua composição geral de significados”<sup>46</sup>.

O que a presente pesquisa pretende tratar, no entanto, trata-se de um discurso que também pode ser chamado de implícito, mas com outro sentido, qual seja o significado utilizado pela psicologia cognitiva quando esta pretende apresentar o contexto de automatismo mental inconsciente por trás de algumas atitudes, decisões e falas que os seres humanos externalizam diariamente. Dessa forma, a partir de agora, a não ser que se destaque o contrário, quando se falar, neste trabalho, o termo ‘implícito’, entende-se que seja no sentido aqui explicado. Como se verá, esse automatismo pode facilitar a tomada de decisões diárias, mas, às vezes, se não vier acompanhado de uma reflexão prévia em situações que exigem referida reflexão, pode ajudar a perpetuar formas de discriminação por gerações.

- 
- 44 Para verificar esse tipo de uso da palavra ‘implícito’ relacionada ao discurso de ódio, ver: BENIKOVA, Darina; WOJATZKI, Michael; ZESCH, Torsten. **What does this imply?** Examining the impact of implicitness on the perception of hate speech. In: International Conference of the German Society for Computational Linguistics and Language Technology. Springer, Cham, 2017. p. 171-179 e GAO, Lei; KUPPERSMITH, Alexis; HUANG, Ruihong. **Recognizing explicit and implicit hate speech using a weakly supervised two-path bootstrapping approach.** arXiv preprint arXiv:1710.07394, 2017.
- 45 A esse respeito, Maxime Lepoutre destaca que “discurso de ódio codificado pode ser de tal forma que, enquanto está codificado o suficiente para escapar regulações existentes, ele claramente expressa e difunde uma mensagem negadora de dignidade” (tradução livre pela autora). “...*coded hate speech can be such that, while it is encoded enough to escape existing regulations, it clearly expresses and diffuses a dignity-denying message*” (LEPOUTRE, Maxime. **Hate Speech in Public Discourse: A Pessimist Defense of Counterspeech.** In: Social Theory and Practice, v. 43, n. 4, p. 851-883, 2017, p. 873).
- 46 (tradução livre pela autora) “*In contrast, implicit hate speech employs circumlocution, metaphor, or stereotypes to convey hatred of a particular group, in which hatefulness can be captured by understanding its overall compositional meanings*”. (GAO, Lei; KUPPERSMITH, Alexis; HUANG, Ruihong. **Recognizing explicit and implicit hate speech using a weakly supervised two-path bootstrapping approach.** arXiv preprint arXiv:1710.07394, 2017, p. 2).

## 2.1 Preconceito implícito e racismo estrutural

A mente humana processa informações de duas maneiras, uma mais rápida e automática e outra mais lenta e reflexiva.<sup>47</sup> Essa noção de processamentos de informações de maneiras distintas pela mente humana está presente nas noções sobre heurísticas e vieses cognitivos. Daniel Kahneman, nesse sentido, utiliza-se dos termos Sistema 1 e Sistema 2, respectivamente, para se dirigir a esses dois modos: o primeiro “opera automática e rapidamente, com pouco ou nenhum esforço e nenhuma percepção de controle voluntário”, e o segundo “aloca atenção a atividades mentais laboriosas que o requisitam (...), muitas vezes associadas com a experiência subjetiva de atividade, escolha e concentração”.

Assim, para atividades mais simples ou repetitivas e aparentemente familiares, a mente humana funciona com base na via do processamento automático, utilizando-se de atalhos chamados de heurísticas, “que nos permitem viver e tomar decisões com mínimo esforço”<sup>48</sup>. O problema é que a utilização desses atalhos mentais, os quais, na maioria das vezes, são extremamente úteis, pode levar a erros de raciocínio, chamados de vieses, tais como o viés de confirmação, o qual representa a tendência que os seres humanos têm de reafirmar as suas concepções, por meio da maior facilidade de introjeção e aceitação de ideias que as confirmem e filtragem mais acentuada de informações contrárias ao que já se conhece ou defende.<sup>49</sup>

Esse tipo automático de pensar e agir pode ter como base aprendizados passados, ou seja, os indivíduos agem de modo coerente com as suas experiências e concepções de vida, as quais, muitas vezes, estão inseridas em circunstâncias socio-culturais que reproduzem heranças históricas discriminatórias. Tende-se, nesse contexto, a fazer “generalizações instantâneas”<sup>50</sup>, por meio da associação entre fatores

---

47 Em outras palavras, o processamento controlado é o “pensamento explícito, que é deliberado, reflexivo e consciente”, e o processamento automático é o “pensamento implícito que não requer esforço, habitual e sem consciência, e que corresponde aproximadamente à intuição” (MYERS, David G. **Psicologia Social**. Tradução: Daniel Bueno, Maria Cristina Monteiro, Roberto Cataldo Costa ; revisão técnica: Elaine Rabelo Neiva, Fabio Iglesias. – 10 ed. – Porto Alegre: AMGH, 2014, p. 89).

48 (MYERS, David G. **Psicologia Social**. Tradução: Daniel Bueno, Maria Cristina Monteiro, Roberto Cataldo Costa ; revisão técnica: Elaine Rabelo Neiva, Fabio Iglesias. – 10 ed. – Porto Alegre: AMGH, 2014, p. 93).

49 (MYERS, David G. **Psicologia Social**. Tradução: Daniel Bueno, Maria Cristina Monteiro, Roberto Cataldo Costa ; revisão técnica: Elaine Rabelo Neiva, Fabio Iglesias. – 10 ed. – Porto Alegre: AMGH, 2014, p. 92).

50 (MYERS, David G. **Psicologia Social**. Tradução: Daniel Bueno, Maria Cristina Monteiro, Roberto Cataldo Costa ; revisão técnica: Elaine Rabelo Neiva, Fabio Iglesias. – 10 ed. – Porto Alegre: AMGH, 2014, p. 93).

já conhecidos e experimentados e situações a eles semelhantes – ou aparentemente semelhantes – que acontecem no momento presente, refletindo, dessa forma, estereótipos; desse modo, sem que haja uma reflexão, o Sistema 1 prevalece e a tendência é a repetição de atitudes e comportamentos.

Às vezes, nesse contexto, é possível que estereótipos sejam “exageradamente generalizados, imprecisos e resistentes a novas informações”<sup>51</sup>, estando relacionados a preconceitos, que podem, sim, ser explícitos, mas são, diversas vezes, implícitos, o que “oferece um dos melhores exemplos do nosso sistema de dupla atitude”<sup>52</sup>, o qual demonstra que podemos ter “atitudes explícitas (conscientes) e implícitas (automáticas) diferentes em relação à mesma pessoa”.<sup>53</sup> Nesse aspecto, reflete George Marmelstein:

A cor da pele, ou o gênero, ou características étnicas ou orientação sexual, funcionam como essas etiquetas ou esquemas mentais automáticos e são capazes de afetar nossos julgamentos, mesmo que não tenhamos consciência disso. As categorizações e os estigmas de grupo, socialmente construídos ao longo de séculos de dominação branca, heterossexual e masculina, fazem parte dos esquemas mentais de grande parte da população mundial, mesmo que, no nível da consciência, muitos abominem o preconceito.<sup>54</sup>

De fato, desde que o ser humano nasce, já o faz inserido em um contexto familiar preexistente que o molda aos poucos, aliado, posteriormente, a outros fatores, tais como educação escolar, cultura e grupos mais específicos dos quais venha a participar. A todo momento, ao longo da vida, as pessoas são pressionadas socialmente a agir de um modo e não de outro, e geralmente se conformam, pois possuem o desejo de se adequarem e serem aceitas.<sup>55</sup> Assim, exige-se um esforço para que

- 
- 51 (MYERS, David G. **Psicologia Social**. Tradução: Daniel Bueno, Maria Cristina Monteiro, Roberto Cataldo Costa ; revisão técnica: Elaine Rabelo Neiva, Fabio Iglesias. – 10 ed. – Porto Alegre: AMGH, 2014, p. 248).
- 52 (MYERS, David G. **Psicologia Social**. Tradução: Daniel Bueno, Maria Cristina Monteiro, Roberto Cataldo Costa ; revisão técnica: Elaine Rabelo Neiva, Fabio Iglesias. – 10 ed. – Porto Alegre: AMGH, 2014, p. 248).
- 53 (MYERS, David G. **Psicologia Social**. Tradução: Daniel Bueno, Maria Cristina Monteiro, Roberto Cataldo Costa ; revisão técnica: Elaine Rabelo Neiva, Fabio Iglesias. – 10 ed. – Porto Alegre: AMGH, 2014, p. 248).
- 54 (MARMELESTEIN, George. **O Racismo Invisível**: uma introdução à discriminação por preconceito implícito. In: MATIAS, João Luís Nogueira (org.). **Direitos Fundamentais na Contemporaneidade**: entre as esferas públicas e privadas. 1 ed., p. 119-132, Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2017, p. 123).
- 55 Myers chama a atenção para dois tipos de influência, quais sejam a normativa, que se trata da “conformidade baseada no desejo de uma pessoa de satisfazer as expectativas dos outros, muitas vezes para obter aceitação”, e a informacional, que reflete a “conformidade que ocorre quando as pessoas aceitam evidências sobre a realidade fornecida por outras pessoas” (MYERS, David G.

haja uma quebra nessa herança de ideias introjetada. Muitas vezes, entretanto, as pessoas permanecem no *status quo* herdado ou não conseguem se desfazer totalmente dele – ainda que tentem –, e acabam reproduzindo automaticamente questões que já poderiam ter sido superadas.

Nesse sentido, é válido destacar que o racismo, por exemplo, é um tipo de preconceito considerado estrutural, ou seja, “como processo histórico e político, cria as condições sociais para que, direta ou indiretamente, grupos racialmente identificados sejam discriminados de forma sistemática”<sup>56</sup>. Parafraseando Eduardo Bonilla-Silva, Silvio Luiz de Almeida coloca que “o racismo é uma decorrência da própria estrutura social, ou seja, do modo ‘normal’ com que se constituem as relações políticas, econômicas, jurídicas e até familiares, não sendo uma patologia social e nem um desarranjo institucional. O racismo é estrutural”<sup>57</sup>. Dessa forma, as estruturas constituídas em uma sociedade carregam em si um retrato de uma desigualdade racial que já deveria ter sido superado.

Muitas vezes, esse fato passa despercebido por quem não o sente como prejudicial para si, quem não foi ou é diretamente afetado por esse quadro historicamente refletido ainda atualmente. Mas, as estruturas em que determinada sociedade está apoiada podem apontar para diferenças marcantes quando se faz uma pausa para, de fato, refletir sobre elas. Os estudos que envolvem automatismos mentais e preconceito<sup>58</sup>, nesse contexto, são excelentes para mostrar que, “mesmo as pessoas que expressam conscientemente pouco preconceito podem revelar sinais indicadores à medida que seu corpo responder seletivamente a raça de outra pessoa”<sup>59</sup>.

---

**Psicologia Social.** Tradução: Daniel Bueno, Maria Cristina Monteiro, Roberto Cataldo Costa ; revisão técnica: Elaine Rabelo Neiva, Fabio Iglesias. – 10 ed. – Porto Alegre: AMGH, 2014, p. 179).

56 (Almeida, Silvio Luiz de. **Racismo estrutural.** São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019, p. 33).

57 (Almeida, Silvio Luiz de. **Racismo estrutural.** São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019, p. 33).

58 Myers destaca vários exemplos de experimentos que indicam que “a raça pré-ativa as percepções”, dentre os quais, por exemplo, os “realizados por Keith Payne (2006), [em que] pessoas visualizaram (1) um rosto branco ou negro, seguido imediatamente por uma arma ou ferramenta manual, que depois foi seguida por (3) uma máscara visual. Os participantes foram mais propensos a perceber equivocadamente uma ferramenta como uma arma quando foi precedida por um rosto negro do que um branco” (MYERS, David G. ; DEWALL, C. Nathan. **Psicologia.** Tradução: Cristiana de Assis Serra, Luiz Cláudio Queiroz de Faria. 11 ed. Rio de Janeiro: LTC, 2019, p. 436).

59 (MYERS, David G. ; DEWALL, C. Nathan. **Psicologia.** Tradução: Cristiana de Assis Serra, Luiz Cláudio Queiroz de Faria. 11 ed. Rio de Janeiro: LTC, 2019, p. 436).

## 2.2 Discursos inconscientemente preconceituosos

Assim como o preconceito implícito pode levar a atitudes discriminatórias, mesmo que sem a vontade consciente e explícita por parte do agente, é possível que esse tipo de preconceito apareça, também, em discursos ou outros tipos de expressões. Chamar um lápis bege ou rosa claro de ‘cor da pele’ era (ou ainda é?) uma atitude muito comum nas escolas, por exemplo. Uma criança que não tinha a pele rosada e clara certamente se sentia desconfortável por sua não representação na definição aparentemente única de cor de pele e, muitas vezes, poderia não se sentir à vontade para debater ou questionar essa definição, principalmente se estivesse em um ambiente dominado pela presença de pessoas brancas. Foram necessárias campanhas para alertar aos que tinham a pele rosada do caráter preconceituoso de se intitular um único lápis, praticamente branco, de cor de pele, como se esta fosse a única raça possível ou merecedora de ganhar um lápis em sua homenagem.

Nesse contexto do ‘lápis cor de pele’, a professora da Educação Infantil da Rede Municipal de Santo André, Renata Fernandes Borrozzino Marques relatou, juntamente com outras autoras, a experiência que teve ao identificar essa questão e decidir estimular reflexão em uma das turmas que ensinava, em 2016. Ela observou:

Uma cena ainda muito comum na educação infantil: durante atividades com desenho, quando alguma criança precisa do lápis rosa claro e outra criança está usando é feita a seguinte solicitação: “me empresta o lápis cor da pele?”. Tal cena também se fez presente na turma da professora Renata, que resolveu problematizar essa questão. Apontando para o lápis rosa claro, perguntou: “Que cor é essa?” Prontamente, as crianças responderam: “Cor da pele, pô”, “todo mundo sabe”. (...) Em um momento posterior, as crianças fotografaram os braços juntos e observaram as variações de cor do grupo. Através das observações e discussões no coletivo, viram que até mesmo seus próprios corpos têm diferentes tonalidades, cores mais fortes na parte de cima do braço, mais claras embaixo, as costas e as palmas da mão também são diferentes, as pernas nem sempre coincidem com o tom dos braços e, com isso, foram constatando que não existe um lápis que supra a gama de tons e cores a ponto de ser chamado de lápis cor da pele.<sup>60</sup>

Chamou-se – e continua se chamando, nesta e em outras circunstâncias – a atenção para o preconceito embutido no contexto dessa expressão, e isso foi o suficiente para que pessoas não preconceituosas – não apenas crianças – trouxessem a questão para o nível consciente, passando a adotar uma nova postura. Assim, uma

60 (FRANCESCHINI, Luciene; DA SILVA, Marta Regina Paulo; MARQUES, Renata Fernandes Borrozzino. “Me empresta o lápis cor da pele?”,”pele de quem?”: decolonizando currículos na educação infantil. Revista Cocar, v. 11, n. 22, p. 502-521, 2017, p. 8).

pausa reflexiva, acompanhada de uma observação ativa dos dados do ambiente em que se está inserido, é importante para entender que o lápis ‘cor de pele’ não condiz exatamente com a cor da pele de muitos ao redor ou da própria pele.

É válido lembrar que o discurso que contém preconceito automático embutido não possui a intenção consciente de ser odioso, mas pode acabar ofendendo de maneira tão expressiva quanto um discurso de ódio explícito. Ademais, as pessoas que externalizam esse tipo de discurso, geralmente, não conseguem, em um primeiro momento, identificar sozinhas o caráter ofensivo dessas falas ou expressões, mas, por outro lado, a pessoa ofendida identifica com facilidade o que gerou essa ofensa, assim como ocorre no *coded speech*, apesar de este ser de uma diferente espécie; dessa forma, “mais precisamente, quando conteúdos degradantes são codificados em discurso público, a mensagem é tipicamente bem clara para os seus alvos e para outros cidadãos odiosos, mas menos visíveis para terceiros partidos”<sup>61</sup>. Ou seja, um discurso inconscientemente preconceituoso é sentido como ofensivo por quem é por ele atingido – mesmo que a intenção seja outra totalmente diversa, e que ofender não seja um objetivo do orador –, além de também poder ser percebido por pessoas que são, de fato, preconceituosas, as quais podem não deixar de proferir esse tipo de discurso mesmo quando alertadas de seu caráter ofensivo, trazendo-o para o nível da consciência<sup>62</sup> e, possivelmente, explicitando o preconceito.

Porém, as rotas automáticas utilizadas pelo cérebro humano, histórica e culturalmente situadas que são, precisam, comumente, de um *nudge*<sup>63</sup>, qual seja, nesse caso, o alerta, por parte de outras pessoas, para o caráter preconceituoso da expressão. O viés do *status quo*<sup>64</sup> faz que os seres humanos tendam a manter a sua situação atual, pois alterá-la exigiria que atenção e energia extras fossem desprendidas, mas uma simples conversa pode servir como empurrão para despertar e estimular a reflexão. Esse alerta pode ser suficiente se a pessoa, de fato, vale ressaltar, não tinha a intenção de discriminar, apenas agiu espelhando uma questão que lhe foi ensinada, tendo sido introjetada de maneira passiva.

---

61 (tradução livre pela autora) “*More precisely, when degrading contents are encoded in public speech, the message is typically quite clear to its targets and to other hateful citizens, but less visible to third parties*”. (LEPOUTRE, Maxime. **Hate Speech in Public Discourse: A Pessimist Defense of Counterspeech**. In: *Social Theory and Practice*, v. 43, n. 4, p. 851-883, 2017, p. 867).

62 Entretanto, este artigo continua focando na pessoa que, quando reflete sobre o discurso em um nível consciente, percebe seu caráter preconceituoso, e passa a buscar alternativas de atitudes que sejam menos preconceituosas.

63 (THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass. **Nudge: o empurrão para a escolha certa**. Aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade. Tradução Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009).

64 (THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass. **Nudge: o empurrão para a escolha certa**. Aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade. Tradução Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 37).

Nesse sentido, sobre a dificuldade de tomar a iniciativa para desafiar as respostas que são historicamente herdadas, pelos seres humanos, às questões da vida, e não apenas recepioná-las automaticamente:

Claro que o Sistema 2 tem a oportunidade de rejeitar essa resposta intuitiva ou de modificá-la incorporando outra informação. Contudo, um Sistema 2 preguiçoso muitas vezes segue o caminho do menor esforço e endossa uma resposta heurística sem examinar muito minuciosamente se ela é realmente apropriada. Você não vai ficar confuso ou perplexo, não terá de se esforçar muito e talvez nem sequer se dê conta de que não respondeu à pergunta que lhe foi feita. Além do mais, talvez nem sequer perceba que a pergunta-alvo era difícil, porque uma resposta intuitiva para ela veio prontamente à sua mente.<sup>65</sup>

Pode-se dizer que uma atitude ativa em relação ao mundo, que busque questionar internamente uma informação recebida antes de reproduzi-la, confirmando-a ou alterando-a após a devida reflexão, é extremamente adequada em um contexto de tentativa de superação de preconceitos. Adotando uma postura reflexiva, nesse sentido, o ser humano pode chegar a ser menos influenciado por questões que fogem de seu controle consciente. No entanto, muitas questões que refletem preconceitos historicamente situados ainda persistem no inconsciente dos seres humanos atualmente. Acaba-se, então, por, muitas vezes, (re)produzir automaticamente discursos e expressões potencialmente discriminatórias.

### 2.3 Preconceito implícito institucional ou proferido por influenciadores

O tipo de discurso aqui exposto, qual seja o que é preconceituoso sem a intenção consciente de o ser, torna-se ainda mais potencialmente ofensivo quando é proferido por pessoas – jurídicas ou físicas – que possuem alto poder de influência, tais como empresas de grande porte ou influenciadores de mídia, tendo em vista o grande alcance de público que geralmente possuem.

Myers trata dessa questão ao apontar para como os apoios institucionais podem reforçar questões preconceituosas. Refletindo sobre um livro infantil clássico que possuía um trecho discriminatório em relação ao gênero, ele afirma que “as sustentações institucionais ao preconceito (...), muitas vezes são involuntárias e despercebidas. Foi só na década de 1970, quando as mudanças nas ideias sobre homens e mulheres trouxeram novas percepções desses retratos, que esses estereótipos flagrantes (para

---

65 (KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 129).

nós) foram amplamente notados e modificados”<sup>66</sup>. No entanto, ainda hoje, é possível se enxergar resquícios de atitudes institucionalizadas contendo preconceitos que “a maioria de nós não percebe, embora [estejam] bem diante de nossos olhos”. É o caso, por exemplo, de embalagens de produtos para a pele humana que deixam a entender que peles claras são de melhor qualidade ou, no caso específico de um hidratante retratado no livro do Myers, estampam que o produto seria indicado para peles “normais a mais escuras”<sup>67</sup>. Esse modo de comunicação sem reflexão ajuda a perpetuar, ainda que de maneira não consciente, a estruturação da sociedade em torno visões discriminatórias.

Outro exemplo de preconceito institucionalizado, o qual aconteceu, ao que tudo indica, de maneira não intencional, enquadrando-se, então, no que vem se chamando de inconsciente, automático ou implícito neste texto, diz respeito ao caso da loja Reserva. Em 2016, a loja se envolveu em uma polêmica após expor, nas vitrines de suas lojas, manequins de cor preta virados de cabeça para baixo e amarrados por uma corda em seus pés. Muitos alegaram que se tratava de expressão racista, de alusão à escravidão, e pressionaram a marca, nas redes sociais, por um posicionamento. A marca de roupas carioca, em seus posicionamentos, afirmou que se tratava de estratégia de marketing em períodos promocionais, em que, não apenas os manequins, mas muitos outros objetos da loja – como o próprio nome de identificação “Reserva” – eram virados de cabeça para baixo; ademais, afirmou que se envolve em diversas campanhas contra o racismo, e que não seria coerente ser deliberadamente preconceituosa; também lembrou que a identidade visual da marca é preto e vermelho, sendo os seus manequins da cor preta há muitos anos<sup>68</sup>.

66 (MYERS, David G. **Psicologia Social**. Tradução: Daniel Bueno, Maria Cristina Monteiro, Roberto Cataldo Costa ; revisão técnica: Elaine Rabelo Neiva, Fabio Iglesias. – 10 ed. – Porto Alegre: AMGH, 2014, p. 258).

67 (MYERS, David G. **Psicologia Social**. Tradução: Daniel Bueno, Maria Cristina Monteiro, Roberto Cataldo Costa ; revisão técnica: Elaine Rabelo Neiva, Fabio Iglesias. – 10 ed. – Porto Alegre: AMGH, 2014, p. 258).

68 O posicionamento oficial da marca foi divulgado em veículos de comunicação: “1- Toda identidade visual da Reserva é preta e vermelha, sendo seus manequins na cor preta, há mais de nove anos. 2- Como de costume, nos períodos de liquidação a marca transforma o visual da loja, , colocando tudo de cabeça para baixo, incluindo o letreiro da fachada, manequins e peças expostas, não havendo qualquer intenção ou traço de racismo na estratégia de marketing. 3 - Nossa política de compromisso com a igualdade de gêneros e raça é uma das bandeiras que carregamos com mais afinco. O que se pode conferir em ações sociais e de inclusão, como o Rebeldes com Causa, sem fins lucrativos – voltada para geração de renda para projetos sociais, filosofia de trabalho com licença-paternidade de um mês, concedida a todos os novos pais da empresa, sejam biológicos ou adotivos, heterossexuais ou homossexuais, mesma quantidade de funcionários homens e mulheres e com paridade salarial, contratação de pessoas com mais de 60 anos, entre outras ações” (RESERVA é acusada de racismo ao colocar manequins de ponta-cabeça em loja. **Veja São Paulo**, 2 de fev. de 2016. Disponível em: <<https://vejasp.abril.com.br/blog/pop/reserva-e-acusada-de-racismo-ao-colocar-manequins-de-ponta-cabeça-em-loja/>>. Acesso em: 20 de out. de 2020).

Partindo do pressuposto que, realmente, não foi a intenção da marca ofender, esse tipo de expressão poderia se encaixar no que mais a frente deste artigo será descrito como um discurso de ódio inconsciente, ou seja, um discurso que, sem ter a pretensão de ser odioso, nem de mascarar esse ódio com codificações e sarcasmos, acabou, mesmo assim, gerando ofensa. Acredita-se que esse tipo de ofensa poderia ser evitado com reflexão e cuidado mais profundos, assim como chama a atenção a manchete de um site que veiculou notícia a respeito do caso: “Caso Reserva: a importância de antecipar interpretações”<sup>69</sup>.

Além de lojas de grande porte, influenciadores, especialmente os digitais, também possuem grande responsabilidade quando o assunto é preconceito, devendo estar atentos para as nuances de sua fala e de seu conteúdo, já que são extremamente persuasivos<sup>70</sup>, pois seu público os enxerga com credibilidade, atratividade e os associa a bons sentimentos<sup>71</sup> e podem, mesmo que não intencionalmente, acabar ofendendo e/ou influenciar pessoas a reproduzirem as suas atitudes e falas.

Dessa forma, pessoas – físicas e jurídicas –, processando informações de maneira automática e, muitas vezes, esquivando-se de seu sistema mental mais reflexivo, apoiando-se inconscientemente em questões introjetadas por meio de suas experiências de vida herdadas, podem, realmente, incorrer em atitudes e, mais especificamente, em discursos inconscientemente preconceituosos.

### 3 ANÁLISE DE ENQUADRAMENTO DO DISCURSO INCONSCIENTEMENTE PRECONCEITUOSO COMO DISCURSO DE ÓDIO

Tendo sido expostas as ideias de Caleb Yong e o contexto situado no entorno da questão sobre preconceito implícito e automático, o qual pode levar a discursos inconscientemente preconceituosos, resta analisar se esse tipo de expressão poderia ser enquadrado em uma das categorias de discurso de ódio propostas por Caleb Yong.

---

69 (CASO Reserva: a importância de antecipar interpretações. **Adnews**, 2 de maio de 2016. Disponível em: <<https://adnews.com.br/caso-reserva-a-importancia-de-antecipar-interpretacoes/>>. Acesso em: 20 de out. de 2020).

70 Nessa perspectiva, “embora a influência face a face geralmente seja maior do que a influência da mídia, não se deve subestimar o poder desta” (MYERS, David G. **Psicologia Social**. Tradução: Daniel Bueno, Maria Cristina Monteiro, Roberto Cataldo Costa ; revisão técnica: Elaine Rabelo Neiva, Fabio Iglesias. – 10 ed. – Porto Alegre: AMGH, 2014, p. 203).

71 Para mais sobre persuasão, ver capítulo 7 do livro *Psicologia Social* (MYERS, David G. **Psicologia Social**. Tradução: Daniel Bueno, Maria Cristina Monteiro, Roberto Cataldo Costa ; revisão técnica: Elaine Rabelo Neiva, Fabio Iglesias. – 10 ed. – Porto Alegre: AMGH, 2014, p. 188-215).

Em sendo enquadrado o discurso inconscientemente preconceituoso como uma categoria de discurso de ódio – distinta das categorias propostas por Caleb Yong, mas coerente com o contexto por ele apresentado, como se verá em detalhes adiante –, serão comentados, ao final deste capítulo, possíveis reações que se pode ter em relação a essa classe de expressão.

### **3.1 O discurso inconscientemente preconceituoso como outra declaração adversa de fato e valor que constitui um julgamento negativo sobre um grupo racial ou religioso identificável?**

Relembre-se que são quatro as categorias de discurso de ódio originalmente propostas por Caleb Yong, quais sejam: (1) ofensa dirigida, (2) ofensa difusa, (3) defesa política organizada em favor de políticas eliminatórias ou de exclusão e (4) outra declaração adversa de fato e valor que constitui um julgamento negativo sobre um grupo racial ou religioso identificável. Pode-se descartar, facilmente, a inclusão do discurso inconscientemente preconceituoso nas categorias (1), (2) e (3).

De fato, não se trata de ofensa dirigida, nem de ofensa difusa, tendo em vista que essas categorias de discurso de ódio pressupõem que a intenção principal da expressão externalizada seja ofender, ferir ou intimidar. Nessa perspectiva, “como Greenawalt observou, a característica-chave para (identificar esse tipo de) ofensa é que a intenção dominante é ferir e insultar o ouvinte”<sup>72</sup>. Assim, como a intenção de quem expressa um discurso inconscientemente preconceituoso, nos termos deste artigo, não é, de forma alguma, ofender, ferir ou insultar, não há como ser categorizada como ofensa dirigida, nem difusa. Ademais, claramente, não se engloba na terceira categoria, pois a defesa organizada em favor de políticas eliminatórias e de exclusão pressupõe o caráter volitivo expresso com que o comunicador expõe suas ideias; a própria ideia de defesa aponta não apenas para a consciência do que se está defendendo, mas também para a movimentação ativa em direção à estruturação dessa defesa, demonstrando que, mesmo depois de refletir, o reproduzidor dessa categoria de discurso opta por ser explicitamente preconceituoso. Implícito que é, então, o discurso que neste artigo se tem chamado de inconscientemente odioso não caracteriza ofensa intencional, nem defesa organizada; ao contrário, trata-se de algo que escapa automaticamente, podendo ser a pessoa que o reproduz declaradamente contra qualquer tipo de discriminação, de maneira que pode passar despercebido o caráter ofensivo para esse comunicador caso nele não seja estimulada a devida reflexão.

---

72 (tradução livre pela autora) “As Greenawalt has noted, the key feature of vilification is that the dominant intention is to wound and insult the hearer” (YONG, Caleb. Does freedom of speech include hate speech?. Res Publica, n. 17, 2011, p. 385–403, 2011, p. 394).

Diante do exposto, a quarta categoria – declarações adversas de fato e valor que constituem um julgamento negativo sobre um grupo racial ou religioso identificável – seria, em uma primeira análise, por exclusão, a menos desadequada para esse tipo de discurso. Mas, mesmo assim, ainda não seria um encaixe perfeito, tendo em vista que essa classe engloba discursos com conteúdo cognitivo explícito, ainda que equivocado ou distorcido e corrigível. O discurso inconscientemente preconceituoso, por outro lado, não diz respeito à opinião explícita do orador. Não se trata exatamente, então, de uma pessoa defendendo racional e deliberadamente a sua opinião política, por exemplo, ou sua interpretação negativa ou equivocada de um acontecimento do mundo, mas sim de uma pessoa em contextos do dia a dia se utilizando de expressões ou falas que podem trazer consigo ofensas prejudiciais e possivelmente perpetradoras de preconceitos estruturais, ainda que esse não seja o intuito consciente do orador. Geralmente, quem reproduz esse tipo de discurso é declaradamente contra qualquer tipo de discriminação, podendo estar envolvido ativamente em comportamentos contra o preconceito. O discurso inconscientemente preconceituoso é fruto, nesse sentido, de uma construção de experiências de vida que espelham, sem a devida reflexão, estruturas discriminatórias da sociedade, as quais refletem uma herança histórica de preconceitos recebidos e reproduzidos automaticamente.

Uma última consideração acerca da (im)possibilidade de enquadramento do discurso inconscientemente preconceituoso na 4ª categoria proposta por Caleb Yong diz respeito ao fato de que, caso houvesse o encaixe dessa forma, esse tipo de discurso não seria considerado regulável, ou seja, não poderia ser regulado nem legalmente, nem institucionalmente, pois se fosse considerado “outra declaração de fato e valor que constitui um julgamento negativo acerca de determinado grupo religioso ou racial”, tratar-se-ia de discurso coberto e protegido pelo Princípio da Liberdade de Expressão. Assim, nessa hipótese, seria mais difícil defender uma regulamentação, ainda que institucionalmente, por meio de códigos de conduta de empresas, por exemplo, da reprodução de expressões preconceituosas que, apesar de inconsciente, ajuda na eternização de problemas estruturais da sociedade.

Dessa maneira, optou-se, no âmbito desta pesquisa, por apresentar uma quinta categoria de discurso de ódio a ser acrescentada no contexto das quatro categorias já propostas por Caleb Yong, como se verá nas linhas seguintes.

### 3.2 Discurso inconscientemente preconceituoso como uma quinta categoria de discurso de ódio

Como esse tipo de discurso não se encaixa perfeitamente em nenhuma das categorias originalmente propostas por Caleb Yong, e levando em consideração, como já citado neste texto, que não é exaustiva a sua classificação<sup>73</sup>, há a possibilidade de se pensar em uma outra classe de discurso de ódio, coerente, na medida do possível, com o raciocínio por ele utilizado ao propor as suas categorias, na qual o tipo de expressão até agora exposto poderia ser englobado. Seria uma quinta categoria de discurso de ódio, específica para o preconceito implícito, que leva em consideração o contexto do racismo estrutural explicado no capítulo anterior: a categoria do discurso de ódio inconsciente, no sentido de implícito e automático.

Para fins desse enquadramento, como proposto neste artigo, tomar-se-á como pressuposto que a pessoa que comunica uma expressão inconscientemente preconceituosa não tem a intenção consciente de ser discriminatória e gerar dano. Nesse sentido, por mais difícil que seja deduzir se o comunicador está reproduzindo expressões implicitamente preconceituosas sem perceber ou se de maneira intencional, ficará mais claro o caráter inconsciente do discurso da pessoa se, após ela ser alertada do caráter ofensivo da expressão, esforçar-se para alterá-la ou ressignificá-la. Além disso, quem reproduz esse tipo de discurso, geralmente, não está envolvido em outras expressões preconceituosas que sejam mais explícitas, sendo, muitas vezes, declarada, consciente e ativamente contra qualquer tipo de discriminação. Assim, essa proposta de categoria engloba expressões que escapam automaticamente do inconsciente, sem que haja a devida reflexão sobre as suas implicações e sem que ofender seja a intenção do comunicador, sendo o sentido principal da comunicação algo diverso, mas que, indireta e implicitamente, pode ser considerado ofensivo. Esse discurso de ódio inconsciente acontece porque algumas expressões – falas ou atitudes – são praticadas sem que haja uma reflexão específica de seu caráter eventualmente discriminatório, espelhando preconceitos enraizados em uma sociedade que, ainda hoje, é estruturalmente desigual – e isso precisa mudar.

Nessa perspectiva, defende-se que os discursos inconscientemente preconceituosos são cobertos, mas não protegidos pelo Princípio da Liberdade de Expressão. Cobertos, porque envolvem interesses relacionados a referido princípio, já que, por mais que esse discurso seja, em certa instância, preconceituoso, ele, ainda e infelizmente, está presente em situações em que o intuito principal da comunicação não tem

---

73 (YONG, Caleb. Does freedom of speech include hate speech? *Res Publica*, v. 17, p. 385-403, 2011, p. 386).

a ver – a priori – com opiniões valorativas e intencionais acerca de determinada característica identificável em uma pessoa ou grupo de pessoas, representando ofensas implícitas. Assim, dizer que seriam discursos não cobertos seria exigir que os seres humanos funcionassem cem por cento do tempo e sem critérios em piloto manual, utilizando-se de seu sistema mental mais lento para refletir antes de tomar toda e qualquer atitude, mesmo as que podem não ter a ver diretamente com questões de raça, gênero ou religião.

Por outro lado, apesar de cobertos, entende-se que são discursos não protegidos pelo Princípio da Liberdade de Expressão, pois há um interesse mais importante em questão, qual seja, em geral, o de mudar estruturalmente uma sociedade onde ainda há diferença de tratamento baseada em raça, gênero ou religião refletida em expressões automaticamente naturalizadas no inconsciente dos indivíduos que as externalizam. Por exemplo, falar que homens devem “ajudar” as mulheres nos afazeres domésticos e familiares deixa implícita uma ideia discriminatória de que todas elas devem ser primariamente responsáveis por essas atividades. O termo “criado-mudo”, por sua vez, já está em tempo de ser definitivamente substituído por móvel ou mesa de cabeceira. Além disso, mais específica e pontualmente, não se protege essa categoria de discurso de ódio também porque o constrangimento e os danos que ela representa aos seus receptores podem ser extremamente relevantes. Analise-se, nesse contexto, o caso de sapatilhas de ballet<sup>74</sup>. Geralmente, o tom de sua cor deve ser o mais parecido possível com o tom da pele do dançarino, para transmitir uniformidade e fluidez. Mas, por muitos e muitos anos, o que predominava era a confecção focada em sapatilhas de tons claros ou cor-de-rosa. As bailarinas e os bailarinos que possuíam tons de pele mais escuros tinham, até pouquíssimos anos atrás, que pintar ou maquiar, literalmente, as suas sapatilhas para causar o efeito desejado e, até, exigido, gastando tempo e dinheiro a mais em comparação com as bailarinas e os bailarinos que eram contemplados com sapatilhas condizentes com seus tons de pele.<sup>75</sup> Dessa forma, atitudes, palavras, modos de agir e influenciar, dentre outras formas das mais diversas de se comunicar com o mundo, podem estar retratando automaticamente visões discriminatórias, ainda que não seja essa a intenção consciente do comunicador que os expressa, seja ele uma empresa, seja uma pessoa física em uma conversa de mesa de bar.

---

74 (O desafio de ser uma bailarina negra em uma única foto. **Geledés**, 9 de out. de 2016. Disponível em: <<https://www.geledes.org.br/o-desafio-de-ser-uma-bailarina-negra-em-uma-unica-foto/>>. Acesso em: 20 de out. de 2020).

75 (MARSHAL, Alex. BROWN Point Shoes Arrive, 200 Years After White Ones. **The New York Times**. 4 de nov. de 2018. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2018/11/04/arts/dance/brown-point-shoes-diversity-ballet.html>>. Acesso em: 21 de out. de 2020).

Nesse sentido, tendo como pano de fundo os argumentos da verdade, do desenvolvimento pessoal, da participação dos cidadãos no autogoverno democrático e da autonomia, os quais são apontados por Caleb Yong como fundamentados do Princípio da Liberdade de Expressão, é indubitável que não apenas os grupos eventualmente ofendidos, mas também a sociedade como um todo, inclusive os próprios comunicadores que proliferam discursos como o em questão, serão beneficiados de saberem quais e por quais motivos determinadas expressões e formas de se expressar no mundo dificultam a ruptura da estrutura social com os preconceitos que já deveriam ter sido ultrapassados também materialmente, de modo a contribuírem para uma vida em sociedade onde a verdade – e não apenas alguma versão parcial da verdade – prevalece e onde todos os cidadãos possuem iguais condições de serem quem são.

Como consequência da cobertura e da não proteção pelo Princípio da Liberdade de Expressão, em conformidade com o contexto apresentado por Caleb Yong, o discurso de ódio inconsciente é regulável, ou seja, ele pode ser regulado. Recorde-se, no entanto, que não é porque um discurso é regulável que ele deva ser regulado, restando mais silente Yong, em seu texto aqui mencionado, acerca desse dever-ser. No caso específico do discurso de ódio inconsciente, entende-se, no âmbito deste artigo, que pesquisas posteriores podem aprofundar melhor a questão da regulação, mas à princípio, desde logo, defende-se ser preferível que se enfoque em “mais discurso”<sup>76</sup> prévio e posterior, ou, mais especificamente, em regulamentações institucionais, pois se leva em consideração o pressuposto de que as pessoas que externalizam esse tipo de expressão o fazem de maneira automática, sem reflexão, geralmente possuindo uma sincera intenção de serem cada vez melhores e coerentes com seus próprios posicionamentos em esferas diversas de sua existência; dessa forma, é provável que entenderiam e seriam facilmente convencidas do caráter ofensivo de seu discurso, agindo para evitar (preventivamente) ou mudar ou ressignificar (posteriormente) o seu comportamento. Assim, dentre outras possibilidades que podem ser desdobradas futuramente, o estímulo, focado especialmente no debate livre de ideias e em regulamentações institucionais, tais como treinamentos e previsão de regras antidiscriminatórias em empresas e em estabelecimentos, por exemplo, poderia contribuir para a formação de uma nova estrutura social, onde as pessoas tenham o devido cuidado com o que estão propagando, não apenas por medo de retaliação, mas mais por vontade sincera de justiça e de se viver em uma sociedade harmoniosa.

---

76 Ideia de mais discurso inspirada em como Yong defende um possível combate à 4ª categoria de discurso de ódio por ele proposta (YONG, Caleb. Does freedom of speech include hate speech? **Res Publica**, v. 17, p. 385-403, 2011, p. 402).

De qualquer forma, o intuito principal desse artigo está sendo analisar a expressão em relação às categorias já propostas por Caleb Yong, e chamar a atenção para a existência da propagação de discursos proferidos por pessoas que, se tivessem consciência dos males que causariam, não os externalizaria. É exatamente porque se tomou como premissa que os autores desse tipo de expressão automática possuem a vontade sincera de se desprender de seus preconceitos implícitos, que se defende, aqui, ainda que de maneira introdutória e geral, que o melhor combate a esse tipo de discurso, por mais que ele seja regulável, é mais discurso<sup>77</sup> em formato de informação ou, mesmo de regulamentação institucional, como se verá brevemente adiante.

### 3.3 Possíveis combates ao discurso de ódio inconsciente

Importante destacar, uma vez mais, que, assim como Yong não teve a pretensão de verificar questões relacionadas ao dever-ser da restrição das categorias de discursos de ódio, focando em suas características e na possibilidade de serem ou não reguláveis, aqui também se teve o mesmo enfoque. No entanto, optou-se por apresentar algumas breves considerações a respeito, com o registro de reflexões iniciais, as quais deverão ser desenvolvidas em pesquisas posteriores.

Diante disso, o olhar empático para o outro, materializado pela valorização de sua fala, de suas angústias e de sua história, representa uma atitude importante para que se dê um passo à frente no caminho de realizar ajustes comunicativos, por meio de falas e atitudes que sejam mais condizentes com a visão atual de que todo e cada ser humano merece viver com o devido e igual respeito. É certo que a mente humana tende a funcionar de maneira automática, mas esforçar-se para conhecer e afastar, dentre os automatismos, aqueles que são potencialmente ofensivos em alguma instância é fundamental. Dessa forma, “o melhor que podemos fazer é um acordo: aprender a reconhecer situações em que os enganos são prováveis e se esforçar mais para evitar enganos significativos quando há muita coisa em jogo”<sup>78</sup>.

No entanto, assim como ocorreu com a professora em relação aos seus alunos no que tange ao lápis “cor de pele”, e com os internautas e clientes em relação à loja Reserva no que diz respeito ao caráter ofensivo de sua expressão de marketing, é

---

77 (YONG, Caleb. Does freedom of speech include hate speech? *Res Publica*, v. 17, p. 385-403, 2011, p. 402).

78 (KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 39).

necessário, às vezes, um alerta externo para que a pessoa ative o seu sistema mental mais reflexivo, deixando de agir no automático e passando a refletir sobre questões não identificadas a priori. Aos poucos, depois de refletir sobre o assunto sinalizado, o que exigia esforço vai se tornando o novo automático. Por exemplo, após ser amplamente divulgada a origem da expressão “criado-mudo” e repudiada a sua utilização quando referente à mesa de cabeceira, muitas pessoas passaram a adequar o seu vocabulário até que esse termo passou a nem mais vir à mente – o antigo automático, fruto do recebimento passivo de costumes tradicionais, deu lugar a um novo automático, inclusive utilizado por empresas de móveis<sup>79</sup>.

É nesse contexto que mais publicização de informações e encorajamento de debates seriam uma prática de combate ao discurso de ódio inconsciente que pode ser bastante efetiva, pois esse tipo de expressão tem como pressuposto o fato de que a pessoa não age com base em sua consciência, ou seja, não tem a intenção de gerar nenhum tipo de ofensa, agindo automaticamente na reprodução de preconceitos estruturais. Dessa forma, com o estímulo externo, o comunicador passa a refletir e a ressignificar as suas falas e atitudes. As empresas, especialmente as de grande porte, podem ser um importante porta-voz de ideias transformadoras de expressões naturalizadas, por exemplo, podendo, inclusive, estarem no centro de um ciclo como este: as empresas expressam algo de maneira insuficiente ou equivocada; sofrem, então, pressão de seus clientes, colaboradores e interlocutores para mudarem a sua atitude ou o seu discurso; com a reflexão estimulada, passam a agir de uma forma mais adequada; novos clientes, colaboradores e interlocutores são influenciados por essa nova forma de agir da empresa, tendo seu pensar reflexivo estimulado e passando a agir de maneira igualmente mais adequada; esses ouvintes, por sua vez, podem passar a pressionar uma empresa diferente sobre a mesma ou parecidas questões, e assim por diante.

Assim, é importante que se deixe sinceramente abertos canais de comunicação para com o outro. No caso de empresas, essa estratégia pode representar um nível maior de responsabilidade social. Nos últimos anos e meses, algumas empresas ampliaram ou lançaram linhas de produtos que, originalmente, apesar de remeterem expressamente aos tons nudes, estes representavam apenas os tons de peles mais claras, e agora passam a constituir um leque mais representativo; é o caso, por

---

79 (LEROY Merlin. **Criado-Mudo, não! - Mesa de Cabeceira!**, c2020. Disponível em: <<https://www.leroymerlin.com.br/criado-mudo>>. Acesso em: 21 de out. de 2020).

exemplo, dos sapatos e bolsas louboutin<sup>80</sup>, das sapatilhas de ballet freed of london<sup>81</sup>, dos esmaltes colorama<sup>82</sup> e dailus<sup>83</sup> e dos curativos bandaid<sup>84</sup>, além de diversas outras.

Ademais, ainda em relação ao meio institucional das empresas, pode-se pensar no estabelecimento de códigos de conduta com seções específicas de combate preventivo ao discurso de ódio inconsciente – regulável que é –, contendo exemplos de expressões comumente reproduzidas de maneira automática, como forma de proibir ou não recomendar, pelo menos no meio laboral, a reprodução dessas expressões. Pode haver, também, a previsão de advertências ou incentivo a medidas educativas como meios de retaliação caso haja o uso de alguma das expressões trazidas no documento – isso se a conduta não vier acompanhada de discursos explicitamente preconceituosos, os quais são avaliados de maneira diversa. Treinamentos específicos acerca de preconceitos implícitos e racismo estrutural, por exemplo, além do envio de materiais de atualização sobre o tema, também podem ser construtivos no combate ao discurso de ódio inconsciente.

Dessa maneira, buscar trazer à tona, de alguma forma, questões que ainda não foram objetos de reflexões pelo comunicador, torna-se extremamente benéfico. Ressalte-se, no entanto, que as considerações acerca de possíveis combates ao discurso de ódio inconsciente foram aqui expostas como iniciais, assim como a própria noção de discurso de ódio inconsciente. De qualquer forma, certamente, quanto mais informações, debates e trocas houver, mais as pessoas se sentirão estimuladas para conseguir deixar de lado expressões – atitudes ou falas – que espelham preconceitos enraizados estruturalmente, dando vazão à construção de uma mais justa e mais consciente de si estrutura social.

---

80 (CHRISTIAN Louboutin. **Meet The New Nudes**: The Collection For Everyone, [s.d]. Disponível em <[http://us.christianlouboutin.com/us\\_en/discover-nudes-collection](http://us.christianlouboutin.com/us_en/discover-nudes-collection)>. Acesso em: 21 de out. de 2020).

81 (FREED Of London. **Ballet Black x Freed of London** – This Year So Far, [s.d]. Disponível em <<https://www.freedoflondon.com/ballet-black-x-freed-of-london-this-year-so-far/>>. Acesso em: 21 de out. de 2020).

82 (ESMALTECOLORAMA. **Nudes reais**. Instagram, 17 de out. de 2017. Disponível em <[https://www.instagram.com/p/BaXZNaUF0\\_k/?utm\\_source=ig\\_embed](https://www.instagram.com/p/BaXZNaUF0_k/?utm_source=ig_embed)>. Acesso em: 21 de out. de 2020).

83 (DAILUS. **Esmalte nude**, c2020. Disponível em <<https://www.dailus.com.br/esmalte-nude-dailus-11115/p>>. Acesso em: 21 de out. de 2020).

84 (BANDAIDBRAND. **We hear you. We see you. We're listening to you**. Instagram, 10 de jun. de 2020. Disponível em <<https://www.instagram.com/p/CBQdOqOBBve/>>. Acesso em: 21 de out. de 2020).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, espera-se ter chamado a atenção para a questão das expressões – atitudes ou falas – implicitamente preconceituosas, não tendo o comunicador o intuito de mascarar o ódio e dificultar a sua identificação, como pode ocorrer no *coded speech*, mas sendo o caráter implícito presente no sentido de produção e reprodução de ideias automaticamente introjetadas ao longo da vida em uma sociedade estruturalmente desigual.

Nessa perspectiva, explicou-se as ideias de Caleb Yong trazidas em seu texto “*Does Freedom of Speech Include Hate Speech?*”, apresentando as quatro categorias de discurso de ódio por ele propostas e o contexto que as rodeia; depois, passou-se por uma explicação acerca de como a mente humana pode funcionar, podendo estar em modo reflexivo, lento, explícito e consciente, mas muitas vezes atuando em um nível rápido, automático, implícito e inconsciente; mencionou-se, então, noções de preconceito implícito e de racismo estrutural, apontando que algumas falas e atitudes das pessoas são potencialmente ofensivas mesmo que elas não tenham intenção ou noção originais dessa condição, apresentando a ideia de discursos inconscientemente preconceituosos; finalmente, demonstrou-se que referido discurso não se encaixa exatamente em nenhuma das quatro categorias de discurso de ódio propostas por Caleb Yong, apresentando uma diversa categoria, a que se chamou de discurso de ódio inconsciente, levando em consideração que a proposta de Yong não pretendia ser exaustiva.

A pesquisa mostrou referida categoria do discurso de ódio inconsciente como coberta, mas não protegida pelo Princípio da Liberdade de Expressão. Consequentemente, trata-se de expressão regulável, ou seja, que pode ser regulada legal ou institucionalmente; no entanto, não é porque é regulável que deva ser regulada. No que tange à regulação legal, entende-se que ainda é necessário aprofundamento para que se manifeste a respeito, de forma que o foco repousou, pelo menos em um primeiro momento, em outros tipos de reações. No âmbito deste artigo, então, optou-se por tratar apenas de considerações iniciais acerca desse dever-ser, apontando para dois possíveis combates contra o discurso em questão, os quais levam em consideração o pressuposto de que, quem o reproduz não é conscientemente preconceituoso, mas acaba (re)produzindo determinadas expressões, pois introjetou preconceitos herdados estruturalmente da sociedade. O primeiro combate diz respeito a mais discurso, sendo inspirado na proposta de combate à quarta categoria de discurso de ódio dada por Caleb Yong. Acredita-se, nesse aspecto, que reagir a esse tipo de discurso com mais discurso, ou seja, com explanações demonstrando o caráter ofensivo não original-

mente refletidos pelo comunicador, poderá ser uma medida efetiva para que haja re-  
tratação e mudança de comportamento. Outra alternativa apresentada está relacionada  
ao aprimoramento da responsabilidade social das empresas, por meio da abertura  
constante para o diálogo com clientes e colaboradores, tanto preventiva como pos-  
teriormente, investindo em treinamentos e atualizações e em códigos de conduta que  
levem em conta a importância de se esforçar ativamente em direção a um ambiente  
mais igual.

Dessa maneira, resta destacar que o presente trabalho ainda pode se desdo-  
brar em diversas outras pesquisas, de maneira a tratar de maneira mais aprofundada  
sobre cada um dos aspectos levantados, tais como, por exemplo e principalmente, as  
particularidades do dever-ser e das propostas de combate à expressão em questão.  
De toda forma, torna-se imprescindível o alerta realizado em torno das expressões  
implicitamente preconceituosas, as quais apontam para a necessidade de reflexão  
ativa e abertura para as questões do outro e de si mesmo, caminhando para uma  
sociedade estruturalmente mais justa.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo estrutural**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.
- BANDAIDBRAND. **We hear you. We see you. We're listening to you**. Instagram, 10 de jun. de 2020. Disponível em < <https://www.instagram.com/p/CBQdOqOBBve/>>. Acesso em: 21 de out. de 2020.
- BENIKOVA, Darina; WOJATZKI, Michael; ZESCH, Torsten. **What does this imply?** Examining the impact of implicitness on the perception of hate speech. In: International Conference of the German Society for Computational Linguistics and Language Technology. Springer, Cham, 2017. p. 171-179
- CASO Reserva: a importância de antecipar interpretações. **Adnews**, 2 de maio de 2016. Disponível em: <<https://adnews.com.br/caso-reserva-a-importancia-de-antecipar-interpretacoes/>>. Acesso em: 20 de out. de 2020
- CHRISTIAN Louboutin. **Meet The New Nudes**: The Collection For Everyone, [s.d]. Disponível em <[http://us.christianlouboutin.com/us\\_en/discover-nudes-collection](http://us.christianlouboutin.com/us_en/discover-nudes-collection)>. Acesso em: 21 de out. de 2020.
- DAILUS. **Esmalte nude**, c2020. Disponível em <<https://www.dailus.com.br/esmalte-nude-dailus-11115/p>>. Acesso em: 21 de out. de 2020.
- ESMALTECOLORAMA. **Nudes reais**. Instagram, 17 de out. de 2017. Disponível em <[https://www.instagram.com/p/BaXZNaUF0\\_k/?utm\\_source=ig\\_embed](https://www.instagram.com/p/BaXZNaUF0_k/?utm_source=ig_embed)>. Acesso em: 21 de out. de 2020.

FRANCESCHINI, Luciene; DA SILVA, Marta Regina Paulo; MARQUES, Renata Fernandes Borrozzino. **“Me empresta o lápis cor da pele?”: pele de quem?”**: decolonizando currículos na educação infantil. Revista Cocar, v. 11, n. 22, p. 502-521, 2017.

FREED Of London. **Ballet Black x Freed of London – This Year So Far**, [s.d]. Disponível em <<https://www.freedoflondon.com/ballet-black-x-freed-of-london-this-year-so-far/>>. Acesso em: 21 de out. de 2020.

GAO, Lei; KUPPERSMITH, Alexis; HUANG, Ruihong. **Recognizing explicit and implicit hate speech using a weakly supervised two-path bootstrapping approach**. arXiv preprint arXiv:1710.07394, 2017.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

LEPOUTRE, Maxime. **Hate Speech in Public Discourse: A Pessimist Defense of Counterspeech**. In: Social Theory and Practice, v. 43, n. 4, p. 851-883, 2017.

LEROY Merlin. **Criado-Mudo, não! - Mesa de Cabeceira!**, c2020. Disponível em: <<https://www.leroymerlin.com.br/criado-mudo>>. Acesso em: 21 de out. de 2020.

MARMELSTEIN, George. **O Racismo Invisível**: uma introdução à discriminação por preconceito implícito. In: MATIAS, João Luís Nogueira (org.). Direitos Fundamentais na Contemporaneidade: entre as esferas públicas e privadas. 1 ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2017, p. 119-132.

MARSHAL, Alex. **BROWN Point Shoes Arrive, 200 Years After White Ones**. **The New York Times**. 4 de nov. de 2018. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2018/11/04/arts/dance/brown-point-shoes-diversity-ballet.html>>. Acesso em: 21 de out. de 2020.

MYERS, David G. ; DEWALL, C. Nathan. **Psicologia**. Tradução: Cristiana de Assis Serra, Luiz Cláudio Queiroz de Faria. 11 ed. Rio de Janeiro: LTC, 2019.

MYERS, David G. **Psicologia Social**. Tradução: Daniel Bueno, Maria Cristina Monteiro, Roberto Cataldo Costa ; revisão técnica: Elaine Rabelo Neiva, Fabio Iglesias. – 10 ed. – Porto Alegre: AMGH, 2014.

O desafio de ser uma bailarina negra em uma única foto. **Geledés**, 9 de out. de 2016. Disponível em: <<https://www.geledes.org.br/o-desafio-de-ser-uma-bailarina-negra-em-uma-unica-foto/>>. Acesso em: 20 de out. de 2020.

RESERVA é acusada de racismo ao colocar manequins de ponta-cabeça em loja. **Veja São Paulo**, 2 de fev. de 2016. Disponível em: <<https://vejasp.abril.com.br/blog/pop/reserva-e-acusada-de-racismo-ao-colocar-manequins-de-ponta-cabeça-em-loja/>>. Acesso em: 20 de out. de 2020

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass. **Nudge**: o empurrão para a escolha certa. Aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade. Tradução Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009

YONG, Caleb. **Does freedom of speech include hate speech?**. Res Publica, n. 17, 2011, p. 385–403, 2011.

# PROJETOS DE LEI QUE TRATAM DAS *FAKE NEWS*: PODE O ESTADO DECIDIR O QUE É “VERDADE”?

Bruno Meirelles de Melo Cornwall<sup>1</sup>

## RESUMO

O ponto central da pesquisa ora debatida é analisar a tramitação de Projetos de Lei que visam combater a dita *Fake News* no Brasil, tendo como destaque a aprovação do Projeto de Lei 2.360/2020 pelo Plenário do Senado Federal, vez que tal projeto propõe regular as relações públicas e privadas nas redes sociais, o que pode desencadear diversas situações das quais podem resultar um indevido cerceamento da liberdade de expressão nas postagens de seus usuários pelos reguladores ao seguirem à risca a legislação recém aprovada no Senado, tal como violações ao Direito Fundamental à Privacidade. Desse modo, o presente artigo visa examinar o cenário surgido com o advento das chamadas “*fake news*” e sua regulação no contexto jurídico brasileiro, principalmente com a tramitação de projetos de lei que buscam regulamentar essa forma de expressão. Surge, então, a pergunta: pode o Estado definir o que é verdade e delimitar o que será divulgado nas redes sociais?

## INTRODUÇÃO

Com o aumento expansivo da difusão das *fake news* nos últimos anos, em decorrência principalmente pelo aumento da utilização das redes sociais pelos mais diversos públicos, e a postura alegadamente libertária das redes sociais<sup>2</sup>, bem como dos tipos de notícias veiculadas, faz-se necessária a busca pela implantação de meios que possibilitem a redução da propagação desse tipo de informação, ou melhor dizendo, desinformação.

- 1 Graduando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Atualmente desenvolve estágio profissional em escritório de advocacia. Foi monitor de Teoria Geral do Direito Privado I, Direito Civil II e do Grupo de Estudos em Direito Econômico da UFMG (GEDE).
- 2 BARROSO, Luís Roberto. Redes sociais contribuíram para aumento de fake news, diz Barroso: palestra: [jul. 2020]. Entrevistadora: Fernanda Boldrin. O Estado de S. Paulo, 2020. Palestra proferida no painel de encerramento do Brazil Forum UK 2020. Disponível em: < <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,redes-sociais-contribuiram-para-aumento-de-fake-news-diz-barroso,70003360127> >. Acesso em: 31 out.2020

Pelo fato de as redes sociais serem pessoas jurídicas de direito privado, possuindo suas próprias diretrizes e regras, nota-se uma latente dificuldade por parte dos entes estatais em obrigá-las a retirar/remover determinados conteúdos da Internet, ainda mais quando possuem caráter falso ou difamatório.

Entretanto, com o avançar dos anos, é possível notar o surgimento de legislações espalhadas pelo mundo que buscam controlar e ordenar o funcionamento das redes e a proteção de dados, tais como, o Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados, no Brasil, e o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados, na União Europeia.

Contudo, tais regulamentos por si só não foram capazes de evitar a proliferação de *fake news* em momentos importantes e cruciais da história recente, tais como as Eleições gerais no Brasil em 2018, que tiveram grande influência das *fake news* em seu resultado final,<sup>3</sup> bem como as notícias falsas espalhadas no contexto da pandemia da Covid-19<sup>4</sup>.

Desse modo, uma das soluções apontadas por parlamentares, como o Senador Ângelo Coronel (PSD-BA) para a diminuição dos efeitos causados pelo compartilhamento desenfreado de *fake news* seria a publicação de leis em que há a punição cível e criminal dos propagadores dessa modalidade de conteúdo nas redes sociais.

O presente artigo propõe uma discussão teórica e legal que tem como base o artigo publicado pelo Professor Stephen L. Newman, denominado *Finding the Harm in Hate Speech - An Argument against Censorship*<sup>5</sup>, a respeito dos danos causados pela ampla liberdade de expressão e a consequente censura a ser realizada pelos poderes estatais. Trata-se de um recorte bibliográfico que destaca o controle estatal sobre a liberdade de expressão, visando apresentar uma visão liberal do assunto, em que a censura deveria ser utilizada apenas em *ultima ratio*, propondo uma discussão a respeito do controle prévio a ser realizado pelo Estado em face da problemática das *fake news*.

---

3 VALENTE, Jonas. **Notícias falsas influenciaram eleições deste ano, dizem pesquisadores**. EBC, 2018. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-11/noticias-falsas-influenciaram-eleicoes-deste-ano-dizem-pesquisadores>> Acesso em: 20 out.2020.

4 JÚNIOR, J. H. S.; RAASCH, M.; SOARES, J. C.; RIBEIRO, L. V. H. A. S. **Da Desinformação ao Caos: uma análise das Fake News frente à pandemia do Coronavírus (COVID-19) no Brasil**. Cadernos de Prospecção, – Salvador, v. 13, n. 2, Edição Especial, p.331-346, abril, 2020.

5 NEWMAN, Stephen L. **Finding the Harm in Hate Speech: An Argument against Censorship**. Canadian Journal of Political Science, p. 679-697, Canadá, 2017.

Assim, este artigo é um convite para um olhar teórico a partir das contribuições trazidas por Newman, pois revela argumentos importantes em defesa da liberdade de expressão em tempos de grande disseminação de *fake news*.

## 1. O QUE PODE SER DEFINIDO E ENQUADRADO COMO FAKE NEWS?

Ao tratar de tema relativo ao desejo estatal em controlar a disseminação das ditas Fake News, termo inserido no Brasil pelo anglicismo, é necessário primeiramente fazer um breve apanhado do tema.

A propagação de Notícias Falsas não é exclusividade do século XXI, vale aqui citar exemplos históricos de falsos rumores que foram espalhados e tiveram grande influência na história mundial. Desde o suicídio do general romano Marco Antônio, que acreditando que sua esposa Cleópatra teria suicidado, acabou por fazer o mesmo, até mesmo as acusações soviéticas de que os americanos não teriam pousado na Lua em 1969.

Em sua obra denominada “A história da mentira: prolegômenos”<sup>6</sup>, o filósofo francês, Jaques Derrida é cirúrgico ao afirmar que não é possível sistematizar a história da mentira, nos seguintes termos:

“Mas é preciso confessar, para acelerar a conclusão, que nada nem ninguém poderá jamais comprovar, justamente, o que se chama propriamente comprovar, no sentido estrito do saber, da demonstração teórica e do juízo determinante, a existência e a necessidade de uma história como essa enquanto história da mentira.

Apenas se pode dizer aquilo que poderia ou deveria ser a história da mentira, se é que ela existe.”

Ora, se até mesmo realizar um apanhado histórico quanto à trajetória da mentira é uma tarefa complexa, como poderá o Estado, na figura do legislador definir o que deve e o que não deve ser enquadrado como Fake News? Esta é a pergunta chave do trabalho em questão.

Longe dos devaneios filosóficos que, frise-se, são de extrema importância na construção científica, a presente obra possui um caráter mais ligado ao Direito, e permanecer nesta deliciosa construção filosófica acabaria por desviar do enquadramento metodológico do artigo.

---

6 DERRIDA, J. **História da mentira: prolegômenos**. Estudos Avançados, [S. l.], v. 10, n. 27, p. 7-39, 1996. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/8934>. Acesso em: 31 out. 2020.

Notícias Falsas (em português) ou Fake News (inglês), é um neologismo muito utilizado atualmente para denominar um fenômeno social desenvolvido nas redes virtuais em que notícias falsas ou modificadas passam a ser consideradas como “verdade” pelos seus receptores em virtude de sua massiva difusão por redes sociais como *Facebook*, *Twitter*, *Whatsapp* e *Telegram*.

Realizar uma sistematização dos tipos de Fake News existentes é uma árdua tarefa. Entretanto a Jornalista Claire Wardle as dividiu em 7 (sete) categorias diferentes, sendo elas: (1) sátira ou paródia, (2) falsa conexão, (3) conteúdo enganoso, (4) falso contexto, (5) conteúdo impostor, (6) conteúdo manipulado e (7) conteúdo fabricado<sup>7</sup>.

A Fake News em formato de sátira (1) se refere ao tipo em que a veiculação não possui a intenção de fazer mal, mas possui potencial para enganar. Já a falsa conexão (2), muito conhecida também como *clickbait* no meio virtual, ocorre quando a chamada da notícia não condiz com o conteúdo apresentado em seu teor. O conteúdo enganoso (3) pode ser constatado quando ocorre o uso mentiroso de uma informação para difamar outro conteúdo ou pessoa. Verifica-se a ocorrência do falso contexto (4) quando o verdadeiro conteúdo é compartilhado com informações falsas contextuais. O conteúdo impostor (5) acontece quando fontes verdadeiras são forjadas com afirmações irreais. A ocorrência do conteúdo manipulado (6) se dá quando o conteúdo verdadeiro é manipulado para enganar o público, como por exemplo fotos adulteradas. Por fim, e não menos importante, o conteúdo falso (7), que é aquele projetado exclusivamente para enganar e fazer mal.

Vale mencionar que o termo *Fake News* ganhou popularidade internacional a partir de sua utilização no cenário político, principalmente após a eleição norte-americana de 2016, em que o Presidente Donald Trump a utilizou para se referir a rede de televisão CNN, tendo se disseminado pela sociedade e interferindo nos mais diversificados cenários sociais.<sup>8</sup>

Renê Moraes da Costa Braga, em artigo denominado *A indústria das Fake News e o Discurso de Ódio*<sup>9</sup>, classifica muito bem o que pode ser classificado como *Fake News*:

- 
- 7 WARDLE, Claire. **Fake news. It's complicated**. First Draft, 2017. Disponível em: <<https://firstdraft-news.org/latest/fake-news-complicated/>>. Acesso em: 19 out. 2020.
  - 8 BRISOLA, A.; BEZERRA, A. C. **Desinformação e circulação de “fake news”**: distinções, diagnóstico e reação. Encontro Nacional de Pesquisa em Ciência da Informação, n. XIX ENANCIB, 2018. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/20.500.11959/brapci/102819>>. Acesso em: 31 out. 2020.
  - 9 BRAGA, Renê Moraes da Costa. A indústria das fake news e o discurso de ódio. In: PEREIRA, Rodolfo Viana (Org.). **Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso de ódio**: volume I. Belo Horizonte: Instituto para o Desenvolvimento Democrático, 2018. p. 203-220

“A divulgação de notícias falsas ou mentirosas é fenômeno conhecido internacionalmente como “fake news” e pode ser conceituado como a disseminação, por qualquer meio de comunicação, de notícias sabidamente falsas com o intuito de atrair a atenção para desinformar ou obter vantagem política ou econômica.”

Desse modo, o termo *Fake News* utilizado no trabalho em tela será aquele referente ao compartilhamento de informações de teor duvidoso ou até mesmo falso nas redes sociais com o intuito de enganar o receptor da mensagem, trazendo assim uma vantagem para o responsável por propagar tais comunicações falsas.

## 2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS PROJETOS DE LEI REFERENTES AO COMBATE AS FAKE NEWS NO CONGRESSO

Evidente a problemática causada pela divulgação de *fake news* nas redes sociais, resta clara a necessidade da instituição de uma forma de controle dessa propagação. Visando solucionar a problemática através da promulgação de legislação específica sobre o tema, o Poder Legislativo nacional vem buscando a criação de dispositivos legais que visem coibir e responsabilizar os responsáveis por compartilhar desinformação nas redes.

Conforme reportagem publicada pela Agência de Jornalismo Investigativo A Pública<sup>10</sup> em 11 de maio de 2018, naquela data havia 20 Projetos de Lei que buscavam criminalizar as *Fake News* em trâmite no Congresso.

Convergente ao levantamento feito na reportagem acima mencionada, ao todo eram 20 Projetos de Lei, que possuíam as mais diversas penalidades, variando de multas pecuniárias a partir de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) a até penas criminais, como punições que previam 8 (oito) anos de reclusão para quem efetuasse a divulgação de *Fake News* pelas redes sociais.

Vale destacar que muitos desses Projetos de Lei foram rejeitados pelo Relator Celso Pansera em sessão realizada no dia 26 de novembro de 2018 na Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática da Câmara dos Deputados<sup>11</sup>, tais

10 GRIGORI, Pedro. **20 projetos de lei no Congresso pretendem criminalizar fake news**. Agência Pública, 2018. Disponível em: <<https://apublica.org/2018/05/20-projetos-de-lei-no-congresso-pretendem-criminalizar-fake-news/>>. Acesso em: 15 set. 2020

11 BRASIL. Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática da Câmara Federal. **Projeto de Lei nº 6.812/2017**. De autoria do Deputado Luiz Carlos Hauly e relatoria do Deputado Celso Pansera. Dispõe sobre a tipificação criminal da divulgação ou compartilhamento de informação falsa ou incompleta na rede mundial de computadores e dá outras providências. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1694884&filename=Parecer-CCTCI-26-11-2018](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1694884&filename=Parecer-CCTCI-26-11-2018)>. Acesso em: 14 set. 2020

como o Projeto de Lei nº 6.812/2017 e seus 9 (nove) apensos: PL nº 7.604/2017, PL nº 8.592/2017, PL nº 9.533/2018, PL nº 9.554/2018, PL nº 9.647/2018, PL nº 9.761/2018, PL nº 9.838/2018, PL nº 9.884/2018 e PL nº 9.931/2018.

Dentre os Projetos de Lei acima mencionados, em sua maioria havia a previsão de cominação de pena criminal para quem causasse algum tipo de dano por meio das *Fake News*. Alguns projetos, inclusive propunham soluções que beiravam a censura, como é o caso do PL nº 9.533/18, de autoria do Deputado Francisco Floriano, que propunha alterações na Lei nº 7.170/1983 - que define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social - para incluir agravante no caso dos crimes previstos em seus art. 22 e 23, quando praticados por meio de mídia social, bem como incluir novo tipo penal específico para divulgação de “fake news” capazes de provocar atos de hostilidade e violência contra o governo.

Outro PL que causa repulsa aos defensores da Liberdade de Expressão ampla e irrestrita, é o PL nº 9.647/18, de autoria do Deputado Heuler Cruvinel, que apresentava novas redações para os art. 18 a 21 da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 – Marco Civil da Internet, com o objetivo de responsabilizar subsidiariamente, tanto civil quanto criminalmente, os provedores de conexão e de conteúdo pelos danos causados na divulgação de notícias falsas na internet.

De forma correta, a Comissão rejeitou os Projetos de Lei acima mencionados, utilizando como fundamento tanto as modificações que seriam trazidas pela Lei Geral de Proteção de Dados, que seria responsável por modificações importantes no marco regulatório, bem como a existência de mecanismos na legislação vigente que são capazes de coibir e punir os crimes que os parlamentares buscam combater com a apresentação dos Projetos de Lei rejeitados pela Comissão.

Tendo sido rejeitados tais projetos pela Comissão, outros Projetos de Lei com a mesma temática também foram surgindo em nosso Congresso Nacional. O principal deles e em estado mais avançado de tramitação, contando inclusive com grande repercussão midiática, trata-se do Projeto de Lei nº 2.360/2020, conhecido como “Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet”, cujo enfoque maior será dado logo abaixo, no tópico 3 deste artigo.

### **3. A INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DOS ARTIGOS 10 E 32 DO PROJETO DE LEI Nº 2360/2020**

Aprovado pelo Plenário do Senado Federal em 2 de julho de 2020, o Projeto de Lei nº 2360/2020 se apresenta como instituidor da “Lei Brasileira de Liberdade,

Responsabilidade e Transparência na Internet”, e busca, em tese, estabelecer normas e diretrizes para provedores de redes sociais privadas a fim de garantir segurança e ampla liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento.

Conforme consta em artigo jornalístico<sup>12</sup> publicado pela BBC Brasil, o Projeto de Lei 2360/2020, também conhecido como PL das Fake News, possui parte de seu conteúdo inspirado em uma legislação aprovada na Alemanha em 2017, qual seja a NetzDG (de Nezttdurchsetzungsgesetz, Lei de Fiscalização da Rede). A Lei alemã, conforme consta no artigo, foi adotada em resposta à crescente preocupação com discurso de ódio proferido nas redes sociais, inclusive proclamado por grupos neonazistas e xenófobos, enquanto no Brasil a hipótese de criação da Lei estaria baseada no controle dos discursos de ódio e da desinformação no ambiente virtual.

O PL 2.360/2020 possui diversos pontos controversos, sendo os mais ameaçadores da liberdade de expressão os artigos 10 e 32, que serão melhores discutidos nos subtópicos 3.1 e 3.2.

### **3.1. Artigo 10 do Projeto de Lei 2.360/2020**

Um dos principais, se não o mais polêmico dos artigos constantes no PL 2.360/2020 é o artigo 10, que assim dispõe em sua versão aprovada pelo Plenário do Senado Federal:

“Art.10. Os serviços de mensageria privada devem guardar os registros dos envios de mensagens veiculadas em encaminhamentos em massa, pelo prazo de 3 (três) meses, resguardada a privacidade do conteúdo das mensagens.”

Em análise ao artigo supracitado, denota-se a obrigatoriedade de que serviços de envio de mensagem como WhatsApp e Telegram guardem, por três meses, os registros de envios de mensagens em massa.

Conforme disposto no artigo 10 e seus parágrafos, o envio de mensagens em massa estará caracterizada quando presentes, cumulativamente, quatro circunstâncias, são elas: 1) envio de mensagem veiculadas em encaminhamento a grupos (e não a singulares); 2) a mensagem encaminhada precisa ter sido enviada por mais de cinco usuários; 3) a mensagem encaminhada atinja um total de pelo menos mil usuários; 4) as três primeiras circunstâncias precisam ocorrer dentro do intervalo de quinze dias.

---

12 SCHREIBER, Mariana. **A controversa lei alemã que inspira projeto de lei das Fake News** BBC Brasil, 2020. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53914408>>. Acesso em: 01 out. 2020.

Vale destacar que as exigências previstas no artigo 10 Projeto de Lei aqui debatido, segundo especialistas da área são tecnicamente impossíveis de executar, muito em razão da criptografia que protege a comunicação realizada em aplicativos privados de conversa.

O Art. 10, ao determinar o registro de tais mensagens por três meses, acaba criando sérias preocupações quanto à privacidade e à liberdade de expressão. Por exemplo, uma pessoa ou um grupo que compartilhe de determinada crença ou interesse, mesmo que nenhuma delas esteja envolvida em atividades ilegais, pode ter suas informações compartilhadas com o governo de forma livre e irrestrita, podendo abrir brechas para abusos de autoridade por parte do executivo<sup>13</sup>.

Desse modo, o artigo 10 do PL nº 2.360/2020 incide em um processo de fragilização da privacidade das relações interpessoais privadas, privacidade essa protegida pela Constituição Federal de 1988 e que o Projeto de Lei em sua busca incessante e desmedida para combater os perfis falsos acaba incidindo em pessoas comuns que possuem condutas lícitas em seus perfis nas rede sociais.

### **3.2. Artigo 32 do Projeto de Lei 2.360/2020**

O projeto de Lei 2.360/2020, estabelece em seu artigo 32, que as autoridades de aplicação da Lei, em especial a autoridade judicial brasileira, poderá ter acesso remoto aos dados desses aplicativos, nos seguintes termos:

“Art. 32. Os provedores de redes sociais e de serviços de mensageria privada deverão ter sede e nomear representantes legais no Brasil, informações que serão disponibilizadas em seus sítios na internet, bem como manter acesso remoto, a partir do Brasil, aos seus bancos de dados, os quais conterão informações referentes aos usuários brasileiros e servirão para a guarda de conteúdos nas situações previstas em lei, especialmente para atendimento de ordens de autoridade judicial brasileira.”

Ao tratar-se do Poder Judiciário em específico, este ao determinar uma ordem direcionada às empresas de tecnologia para que entreguem dados de usuários brasileiros que estejam localizados fora do território nacional de forma direta, sem ao menos a anuência do Estado em que se encontram os dados, acaba criando uma violação do Estado Brasileiro em face do Estado em que os dados estão localizados.

---

13 ROLFINI, Fabiana. **PL das fake news: artigo 10 viola direitos humanos**. Olhar Digital, 2020. Disponível em: <<https://olhardigital.com.br/noticia/pl-das-fake-news-artigo-10-viola-direitos-humanos/104845>>. Acesso em: 01 out. 2020.

Denota-se assim, uma grave violação à princípios do Direito Internacional, tais como a Soberania do Estado Estrangeiro, a Jurisdição do Estado Estrangeiro e a Não Influência em Assuntos Domésticos.

Esse tipo de dispositivo deve ser eliminado do Projeto de Lei 2.360/2020, vez que é passível de provocar graves violações aos Tratados Internacionais e da própria Constituição da República de 1988, que veda retrocessos específicos, tal como a redução da proteção de dados/direitos de usuários de serviços virtuais, que por sua vez acabam sendo considerados direitos individuais intrínsecos ao cidadão.

Um exemplo recente de como essa busca incessante pelo bloqueio de perfis pode acabar criando um conflito entre Direito Interno x Direito Internacional, é a recente decisão proferida no Inquérito 4.781/Distrito Federal (Inquérito das Fake News) pelo Ministro do STF Alexandre de Moraes, que determinou o bloqueio de contas localizadas tanto no Brasil, como fora dele<sup>14</sup>.

Assim, é importante lembrar que a jurisdição brasileira não é absoluta, e as autoridades do Estado em que se localizam os dados devem ter o poder de opinar, sob o risco de violação de sua soberania, vez que já existem normas específicas que preveem a cooperação jurídica internacional, o que por si só demonstra a latente inconstitucionalidade do artigo 32 do Projeto de Lei nº 2.360/2020.

#### **4. ENCONTRANDO O DANO OCACIONADO PELAS “FAKE NEWS” SOB A PERSPECTIVA DE STEPHEN L. NEWMAN**

Denominado *Finding the Harm in Hate Speech - An Argument against Censorship*<sup>15</sup>, o artigo redigido pelo Professor Newman busca realizar uma defesa da justificativa liberal para a possibilidade da censura apenas em *ultima ratio*, dividindo assim o controle estatal em dois polos distintos.

Enquanto um primeiro polo prevê que a censura somente se justificaria com o tipo de lesão tangível (John Stuart Mill), o segundo polo sugere que o dano real perpetuado pelo discurso de ódio seria menos tangível (Jeremy Waldron).

---

14 CONJUR. **Alexandre aumenta multa para forçar Facebook a bloquear perfis no exterior**. Conjur, 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-31/moraes-aumenta-multa-forcar-facebook-bloquear-perfis>>. Acesso em: 01 out. 2020.

15 NEWMAN, Stephen L. **Finding the Harm in Hate Speech**: An Argument against Censorship. Canadian Journal of Political Science, p. 679-697, Canadá, 2017.

O autor trabalhado no presente tópico examina e rebate a concepção de dano no discurso de ódio proposto por Waldron, vez que este entende o dano como uma variedade de “poluição moral” que mina o bem público da inclusão e provoca convulsão social capaz de interferir na dignidade humana dos ofendidos.

Por sua vez, Newman considera o conceito de dano proposto por Waldron como sendo genérico, vez que não possui o requisito da especificidade e a gravidade que o princípio danoso de Mill exige para justificar a censura. O artigo também dialoga com a distinção entre discurso de ódio e discurso meramente ofensivo, vez que a proposta de Waldron para o combate do discurso de ódio seria capaz de censurar os dois tipos de discursos.

O artigo escrito por Newman, como o próprio título adianta, possui uma posição bem liberal, evitando ao máximo a instituição da censura de falas que não apresentem dano concreto, conforme proposto por Mill.

Insta ressaltar que os direitos fundamentais dispostos em nossa Constituição de 1988 apresentam conceitos vagos, sendo necessária a interpretação desses no caso concreto. Um dos princípios constitucionais, é o Princípio da Liberdade, conforme disposto no inciso IV do artigo 5º de nossa Carta Magna<sup>16</sup>. Mencionado inciso garante a liberdade de expressão ao povo brasileiro, desde que observado a impossibilidade do anonimato.

Em sua obra *On Liberty*, o autor inglês John Stuart Mill defende a ideia de uma espécie de “Livre Mercado de Ideias”, no qual seria tolerada qualquer fala, opinião e expressão, de forma que a sociedade seria responsável por excluir essas ideias e colocar no ostracismo os que as utilizam como forma de propagar ideias radicais, como o discurso de ódio.

Mill entende que somente com o combate de ideias seria capaz de desestimular os que defendem ideais absurdos, defendendo também que é um risco o controle com o questionamento sobre quem controlaria os controladores da opinião pública.

Não diferente é a ordem constitucional vigente no Brasil, que repreende a censura em caráter prévio e vinculante, nesse sentido leciona o Constitucionalista Bernardo Gonçalves Fernandes:

---

16 BRASIL. Constituição da República Federativa de Brasil. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) >. Acesso em: 22 jul. 2020.

“... já que o conceito jurídico de censura tem o significado de ação governamental de caráter prévio e vinculante sobre conteúdo de uma determinada mensagem (artística, jornalística e etc.). Logo, não cabe ao Estado definir quais mensagens e ideias circulam no espaço público, rotuladas como válidas e corretas, mas, antes, cabe ao próprio espaço público sua filtragem.”<sup>17</sup>

Para Mill, até mesmo a mentira ou a verdade incompleta têm valor, pois somente conhecendo a mentira é que se tem uma melhor visão da verdade. Apenas a expressão de uma opinião já é útil, sendo ela verdadeira ou falsa. Veja-se:

“Fosse uma opinião um bem pessoal sem valor exceto para o dono; se ser impedido no gozo desse bem constituísse simplesmente uma injúria privada, faria diferença que o dano fosse infligido a poucos ou a muitos. Mas o mal específico de impedir a expressão de uma opinião está em que se rouba o gênero humano; a posteridade tanto quanto as gerações presentes; aqueles que dissentem da opinião ainda mais que os que a sustentam. Se a opinião é certa, aquele foi privado da oportunidade de trocar o erro pela verdade; se errônea, perdeu o que constitui um bem de quase tanto valor – a percepção mais clara e a impressão mais viva da verdade, produzidas pela sua colisão com o erro.”<sup>18</sup>

No entanto, as doutrinas mais atuais vêm entendendo pela impossibilidade de se veicularem mensagens falsas, não devendo a lei protegê-las pelo manto da liberdade de expressão. Para o jurista alemão Konrad Hesse, citado por Bernardo Gonçalves Fernandes, a mensagem falsa não poderia ser protegida, vez que guiaria a uma pseudo-operação de formação de opinião, devendo observar-se a função social da liberdade de informação. Sendo assim, deveria ser observada convergência do interesse da sociedade em ter acesso a informações verdadeiras.<sup>19</sup>

Assim sendo, o Estado ao prever a punição criminal às *fake news* discurso de ódio deve provar a existência de um dano genuíno, iminente e de suficiente magnitude conforme defende Mill, vez que somente a mera alegação de que as *fake news* por si só provocariam um dano social, ao alterar resultados eleitorais, ou simplesmente espalhar boatos políticos, que poderiam simplesmente serem combatidos pela legislação já existente, poderia ocorrer um cerceamento indevido da liberdade de expressão.

---

17 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9.ed.rev., ampl. e atual. - Salvador: JusPODIVM, p.433, 2017.

18 LAFER, Celso. “**Apresentação**”. In: MILL, John Stuart. Sobre a liberdade. Tradução e prefácio de Alberto da Rocha Barros. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1991. p. 60.

19 HESSE, Konrad (1991 apud FERNANDES, Bernardo Gonçalves, 2017, p.440).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se concluir que o ordenamento jurídico brasileiro possui ferramentas adequadas para coibir e punir a disseminação de notícias falsas e aos conteúdos ilegais, tais como as punições legais para a incitação ao crime ou à desobediência civil, difamação e calúnia.

No entanto, o ponto crítico referente ao surgimento de legislações que visam punir os propagadores de *fake news* encontra-se focado no risco à implantação da censura e utilização dessa nova normatividade pelo Estado para perseguir seus opositores.

Desse modo, ao invés de serem criadas novas legislações para punir o compartilhamento das ditas *fake News*, poder-se-ia recomendar a adoção de medidas como: a criação de um ecossistema digital, transparente, confiável, código de conduta voluntário sem a atuação incisiva dos órgãos estatais, com a presença de mais agências de *fact-checking*; a capacitação do cidadão para que busque desenvolver o senso crítico; incentivo ao jornalismo de qualidade, garantindo aos jornalistas profissionais ampla liberdade de expressão para atuarem.

Assim, a preservação da liberdade de expressão é direito e dever de todos, tanto dos governantes, quanto da sociedade civil organizada, e até mesmo de cada indivíduo, sendo que se deseja a preservação da transmissão de mensagens verdadeiras, porém sem que sejam sacrificados os sagrados direitos e garantias fundamentais, inerentes ao Estado de Direito, como a liberdade de expressão.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Redes sociais contribuíram para aumento de fake news, diz Barroso**: palestra: [jul. 2020]. Entrevistadora: Fernanda Boldrin. O Estado de S. Paulo, 2020. Palestra proferida no painel de encerramento do Brazil Forum UK 2020. Disponível em: < <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,redes-sociais-contribuiram-para-aumento-de-fake-news-diz-barroso,70003360127>>. Acesso em: 31 out.2020

BRAGA, René Morais da Costa. **A indústria das fake news e o discurso de ódio**. In: PEREIRA, Rodolfo Viana (Org.). Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso de ódio: volume I. Belo Horizonte: Instituto para o Desenvolvimento Democrático, 2018. p. 203-220

BRASIL. **Constituição da República Federativa de Brasil**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) >. Acesso em: 22 jul. 2020.

BRASIL. Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática da Câmara Federal. **Projeto de Lei nº 6.812/2017**. De autoria do Deputado Luiz Carlos Hauly e relatoria do Deputado Celso Pansera. Dispõe sobre a tipificação criminal da divulgação ou compartilhamento de informação falsa ou incompleta na rede mundial de computadores e dá outras providências. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1694884&filename=Parecer-CCTCI-26-11-2018](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1694884&filename=Parecer-CCTCI-26-11-2018)>. Acesso em: 14 set. 2020

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 2360/2020**. Do Senador Alessandro Vieira, que Institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. Brasília, DF, 2020. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8128670&ts=1594906265962&disposition=inline>>. Acesso em: 21 jul. 2020

BRISOLA, A.; BEZERRA, A. C. **Desinformação e circulação de “fake news”: distinções, diagnóstico e reação**. Encontro Nacional de Pesquisa em Ciência da Informação, n. XIX ENANCIB, 2018. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/20.500.11959/brapci/102819>>. Acesso em: 31 out. 2020.

CONJUR. **Alexandre aumenta multa para forçar Facebook a bloquear perfis no exterior**. Conjur, 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-31/moraes-aumenta-multa-forcar-facebook-bloquear-perfis>>. Acesso em: 01 out. 2020.

DERRIDA, J. **História da mentira: prolegômenos**. *Estudos Avançados*, [S. l.], v. 10, n. 27, p. 7-39, 1996. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/8934>. Acesso em: 31 out. 2020.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional/ Bernardo Gonçalves Fernandes - 9.ed.rev., ampl. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2017.

GRIGORI, Pedro. **20 projetos de lei no Congresso pretendem criminalizar fake news**. Agência Pública, 2018. Disponível em: <<https://apublica.org/2018/05/20-projetos-de-lei-no-congresso-pretendem-criminalizar-fake-news/>>. Acesso em: 15 set. 2020

JÚNIOR, J. H. S.; RAASCH, M.; SOARES, J. C.; RIBEIRO, L. V. H. A. S. **Da Desinformação ao Caos: uma análise das Fake News frente à pandemia do Coronavírus (COVID-19) no Brasil**. Cadernos de Prospecção, – Salvador, v. 13, n. 2, Edição Especial, p.331-346, abril, 2020.

NEWMAN, Stephen L. **Finding the Harm in Hate Speech: An Argument against Censorship**. Canadian Journal of Political Science, p. 679-697, Canadá, 2017.

ROLFINI, Fabiana. **PL das fake news: artigo 10 viola direitos humanos**. Olhar Digital, 2020. Disponível em: <<https://olhardigital.com.br/noticia/pl-das-fake-news-artigo-10-viola-direitos-humanos/104845>>. Acesso em: 01 out. 2020.

SCHREIBER, Mariana. **A controversa lei alemã que inspira projeto de lei das Fake News**. BBC Brasil, 2020. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53914408>>. Acesso em: 01 out. 2020.

VALENTE, Jonas. **Notícias falsas influenciaram eleições deste ano, dizem pesquisadores**. EBC, 2018. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-11/noticias-falsas-influenciaram-eleicoes-deste-ano-dizem-pesquisadores>> Acesso em: 20 out.2020.

WARDLE, Claire. **Fake news. It's complicated**. First Draft, 2017. Disponível em: <<https://first-draftnews.org/latest/fake-news-complicated/>>. Acesso em: 19 out. 2020.

# O USO ATUAL DA LEI DE SEGURANÇA NACIONAL: BREVE ANÁLISE SOBRE A RECEPÇÃO DOS ARTIGOS 22, I, II; 23, I, II, III E 26 E SUA UTILIZAÇÃO PARA RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DA EXPRESSÃO E DO DIREITO À INFORMAÇÃO

Carolina Lobo<sup>1</sup>

## RESUMO

A lei de segurança nacional (nº 7.170/1983), que tem em sua gênese a criminalização da manifestação do pensamento e serviu de instrumental para perseguição da oposição política, acusada há época de ser “inimiga interna da nação”, tem sido, sobretudo nos últimos dois anos, utilizada para justificar investigações sobre manifestações políticas realizadas contra o Governo Federal, o Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal. Diante desse cenário, buscou-se verificar a compatibilidade entre a aplicação dos artigos 22, I e II; 23, I, II e III e 26 da LSN e os direitos à liberdade de expressão e informação previstos pela Constituição Federal de 1988. Para tanto, abordamos a construção do conceito de Segurança Nacional a partir dos corpos legislativos surgidos durante a Era Vargas e, depois, no transcorrer da Ditadura Militar até chegar na lei em vigor, traçamos de forma sucinta os casos concretos em que a LSN foi invocada após a eleição do presidente Jair Bolsonaro, para então verificar a recepção pela CF/88 dos crimes em questão. Concluímos que os tipos penais previstos pelos artigos acima mencionados são incompatíveis com os valores democráticos adotados pelo ordenamento constitucional pátrio e, portanto, não foram por ele recepcionados.

## INTRODUÇÃO

A atual Lei nº 7.170/83 foi editada pelo governo Figueiredo já no contexto da abertura “lenta, gradual e segura” que marcou o final do regime de exceção. Ela foi elaborada para substituir a Lei nº 6.620/1978, de cunho mais autoritário. Antes dessa, o regime militar já tinha produzido outras três leis de segurança nacional: o Decreto-lei nº 314/1967, o Decreto-lei nº 510/1969, e o Decreto-lei nº 890/1969, todas de caráter draconiano.

---

1 Mestranda em Direitos Políticos pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista (Pós-Graduação lato sensu) em Direito Eleitoral pelo Instituto de Educação Continuada na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (IEC PUC MINAS). Advogada, consultora e tesoureira da Associação Visibilidade Feminina.

No que pese Heleno Fragoso ter afirmado que a “nova lei” tinha como principal característica o abandono da doutrina de segurança nacional, ele próprio reconhecia que ela continuava a prever crimes de manifestação do pensamento através da imprensa, incompatíveis com a pretensão de um regime verdadeiramente democrático.

Os traços autoritários da LSN decorrem, sem sombra de dúvida, da chamada “doutrina da segurança nacional”, concepção influenciada pela diferenciação entre amigo e inimigo cunhada por Carl Schmitt<sup>2</sup>, que levou a criação de um Direito Penal do Inimigo<sup>3</sup> pelo regime nazista, e reformulada pela Escola Superior de Guerra - ESG<sup>4</sup>, que associava a segurança da nação ao combate à “subversão” representada por antagonistas do regime de exceção.

Essa doutrina, originária da polarização de concepções ideológicas e aprofundada durante a Guerra Fria, acabou por eleger como inimiga a própria sociedade, justificando sua repressão e perseguição através da necessidade do combate ao comunismo como defesa precípua dos interesses do país. Como é sabido, ela foi rejeitada pela Constituição Cidadã que adotou uma concepção democrática de estado, ancorada em garantias jurídico-legais como a reserva legal, a ampla defesa, o contraditório e o direito à liberdade de expressão.

Desde a redemocratização, a LSN vinha sendo pouco utilizada, tamanho o constrangimento de sua invocação, dada a sua associação ao já mencionado período de exceção implementado pelo Exército Brasileiro durante os anos de 1964 a 1985. Contudo, após a eleição de Jair Messias Bolsonaro esse cenário se alterou drasticamente. De acordo com o levantamento feito pelo jornal Folha de São Paulo<sup>5</sup>, foram 77 inquéritos instaurados com base na Lei de Segurança Nacional em 2019 e 2020, ao passo que, entre os anos de 2015 a 2018, foram realizados apenas 44 inquéritos.

---

2 No livro intitulado de “O conceito Político”, publicado em 1932, Carl Schmitt expõe a dicotomia amigo e inimigo como conceito chave para configurar o conceito de Estado e fundamentar o conceito do político. Para ele o “Estado é o status político de um povo organizado dentro de uma unidade territorial”.

3 Segundo Gracia Martín, o Direito Penal do Inimigo “parte da concepção controvertida de que haveria indivíduos que, por sua oposição (seja renitente, seja por determinada modalidade de conduta) ao sistema social, devem ser considerados não pessoas, podendo (e, para alguns, até devendo) ser combatidos como inimigos do Estado”.

4 A Escola Superior de Guerra, criada em 20 de agosto de 1949, foi inspirada e concebida pela *National War College*, dos Estados Unidos. Com objetivo de gestar para o Brasil um projeto de desenvolvimento industrial alinhado aos interesses norte-americanos, formulou doutrina da segurança nacional e a base político-ideológica da ditadura militar. Disponível em < <http://memorialdademocracia.com.br/card/criada-a-escola-superior-de-guerra>> Acesso em: 23/03/2021.

5 Dados apresentados na matéria “*Bolsonarismo reaviva articulação para substituir Lei de Segurança Nacional, entulho da ditadura*”, publicada em 27/02/21. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/02/bolsonarismo-reaviva-articulacao-para-substituir-lei-de-seguranca-nacional-entulho-da-ditadura.shtml>> Acesso em 23/03/2021.

Ademais, os casos envolvendo a LSN que até então chegavam ao Judiciário, na maior parte das vezes, versavam sobre questões relativas à introdução no território nacional, venda, transporte, recepção ou distribuição de armamento ou material de uso privativo das Forças Armadas, tipificado pelo art. 12, caput e parágrafo único, da referida norma, e em menor quantidade, crimes envolvendo os artigos 15, 16, 17, 18 e 20, que não caracterizam crimes de manifestação do pensamento, mas sim atos que foram considerados como capazes de provocar comoção para ameaçar a segurança nacional.<sup>6</sup>

De 2019 até os dias atuais, a lei voltou a ser invocada contra críticos do governo e das demais instituições, envolvendo de forma especial os crimes previstos pelos artigos 22 I e II; 23, I, II e II e 26, relativos à propaganda de processos violentos ou ilegais para a alteração da ordem política ou social; incitação à subversão da ordem social, à animosidade entre as Forças Armadas e as classes sociais ou instituições civis, à luta com violência as classes sociais e de calúnia e difamação dos presidentes da República, Câmara dos Deputados, Senado Federal e Supremo Tribunal Federal.

Portanto, diante da recorrente invocação dos artigos 22 I e I; 23, I, II e II e 26 da Lei 7.170/83 para restrição de atos e falas de cunho político, faz-se necessário investigar a compatibilidade entre tais normas com as previsões constitucionais que asseguram a liberdade de expressão e o direito à informação, para então verificar se foram ou não recepcionadas pelo ordenamento constitucional.

Iniciaremos essa análise abordando a construção do conceito de Segurança Nacional a partir dos corpos legislativos surgidos durante a Era Vargas e, depois, no transcorrer da Ditadura Militar até chegar na lei em vigor, em seguida veremos de forma breve os casos concretos em que a LSN tem sido invocada de 2019 até os dias atuais, para então examinar a recepção pela CF/88 dos tipos penais que tratam da manifestação do pensamento.

## 1. A DOCTRINA DA SEGURANÇA NACIONAL NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

A Doutrina da Segurança Nacional brasileira nasce sob forte influência da Escola de Kiel<sup>7</sup>, que defendia a superação do individualismo pela primazia da nação e dos

6 Para mais informações ver KIRSZTAJN, Laura Mastroianni. **A Lei de Segurança Nacional no STF: como uma lei da ditadura vive na democracia?**. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, 2018.

7 Chama-se de Escola de Kiel o movimento nascido na Faculdade de Direito da Christian-Albrechts-Universität zu Kiel durante os anos do regime nacional-socialista. Tal movimento propunha a renovação metodológica das ciências jurídicas com objetivo de forjar conceitos e construções dogmáticas compatíveis com a necessidade do Estado Nazista. Entre seus expoentes estão o constitucionalista

seus valores frente aos interesses dos indivíduos. Já em sua origem perseguia uma sociedade monolítica, livre de opiniões e ideologias divergentes, cuja divergência determinava a classificação do outro como inimigo interno da nação, motivando a sua intimidação, seu silenciamento e, até mesmo, banimento por meio do exílio ou da morte. Para que o objetivo da doutrina pudesse ser realizado era necessário um aparelho estatal munido de força policial e de legislação com tipos penais tão imprecisos quanto o próprio conceito de Segurança Nacional.

Conforme afirmava Heleno Fragoso, a imprecisão e indeterminação do conceito de segurança nacional permitiu a montagem de um aparato repressivo caracterizado pelo arbítrio e pela violência, com emprego da tortura justificada pela alegoria da segurança nacional, protegida juridicamente pelos objetivos nacionais permanentes, como a paz pública e a prosperidade nacional, elementos esses que propiciavam uma confusão entre criminalidade comum e política.<sup>8</sup>

Assim, em 1935, com a edição da primeira legislação especial sobre o tema, o Brasil rompia com a tradição do sistema de codificação penal unitário e passava a adotar ato normativo próprio para os chamados “crimes políticos”<sup>9</sup>. Desde a proclamação da primeira versão da Lei de Segurança Nacional pelo governo Vargas, em 1935, até o atual diploma, 7 outros arcabouços legais estiveram em vigor, conforme veremos a seguir.

## **1.1 Os crimes militares e contra a segurança do Estado durante a Era Vargas: Lei nº 38/35; Lei nº 136/35; Decreto-Lei nº 431/38, Decreto-Lei nº 4.766/42 e Lei nº 1.802/53**

Promulgada em 4 de abril de 1935, a Lei 38/35 definia crimes contra a ordem política e social e tinha como principal finalidade a transferência dos crimes contra a segurança do Estado para uma legislação especial mais rigorosa e livre de garantias processuais.

---

Ernst Rudolf Huber (discípulo de Carl Schmitt), o jusfilósofo e civilista Karl Larenz, o romanista e jusprivatista Franz Wieacker, bem como dos penalistas Georg Dahm e Friedrich Schaffstein.

- 8 FRAGOSO, Heleno Cláudio. A nova Lei de Segurança Nacional. **Revista de Direito Penal e Criminologia**, Rio de Janeiro: Forense, n. 35, 1983.
- 9 Durante a Primeira República (1889 – 1930) até a promulgação da Lei 38/1935, os crimes contra a segurança do Estado eram regulamentados pelo Livro II do Código Penal (Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890). O Título I (arts. 87 a 114) dispunha sobre os crimes contra a existência política da República e o Título II (arts. 115 a 118) era dedicado aos “crimes contra a segurança interna da República”.

Aprovada em um contexto de extrema radicalização política, marcada pelo confronto entre integralistas e membros da Aliança Nacional Libertadora<sup>10</sup>, e após longo período de tramitação no Congresso, foi objeto de calorosos debates capitaneados por parlamentares opositoristas que denunciavam que suas diretrizes seriam responsáveis por ceifar de forma prematura as liberdades conquistadas na Constituição de 1934<sup>11</sup>.

Poucos meses após sua promulgação foi substituída pela Lei nº 136/35, responsável por modificar dispositivos da Lei nº 38/35 e ampliar o rol de crimes contra a ordem pública. Em setembro de 1936 sua aplicação foi reforçada pela Lei nº 244, que além de deslocar a competência para aplicação da lei da Justiça Federal para a Justiça Militar, criava o Tribunal de Segurança Nacional<sup>12</sup>. Composto por juizes civis e militares indicados pelo presidente da República, o TSN funcionava como legítimo tribunal de exceção.

Em 1938, poucos meses após a instauração da Ditadura do Estado Novo, o Decreto-Lei nº 431 endureceu ainda mais as penas, permitindo a aplicação da pena de morte “aos cabeças” dos crimes praticados contra a ordem política e social do Estado.

Em 1º de outubro de 1942 é emanada a última versão da lei (Decreto-Lei nº 4.766) que regulava os crimes contra a segurança do Estado sob a égide do regime de exceção, que seria posteriormente revogado pela Lei nº 1.802/53, aprovada pelo Congresso Nacional durante o segundo governo Vargas<sup>13</sup>. A nova LSN foi responsável

---

10 Dulce Chaves Pandolfi explica que o restabelecimento da ordem legal com o fim do Governo Provisório (1930 – 1934) e a aprovação da Constituição de 1934, *estimulou a participação política e fortaleceu o movimento social*, contribuindo para o surgimento de duas organizações políticas de espectros opostos, uma à direita e outra à esquerda, com abrangência nacional e ampla capacidade de mobilização, a saber: a Ação Integralista Brasileira – AIB, liderada por Plínio Salgado e que adotava uma concepção ultranacionalista e conservadora, inspirada em grande parte pelo regime fascista italiano e, a Aliança Nacional Libertadora – ANL, de inspiração antifascista. Cf. PANDOLFI, Dulce Chaves. Os anos 1930: as incertezas do regime. In: Jorge Ferreira; Lucília Neves Delgado. (Org.). O Brasil Republicano. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, v. 2, p. 13-37.

11 Para mais informações consultar **CONGRESSO SANCIONA A ‘LEI MONSTRO’**, disponível em: < <http://memorialdademocracia.com.br/card/congresso-aprova-lei-de-seguranca-nacional> > Acesso em: 01/05/2021.

12 Arno Dal Ri Júnior, em seu artigo “O conceito de Segurança Nacional na doutrina jurídica brasileira: usos e representações do Estado Novo à Ditadura Militar Brasileira (1935-1985), esclarece que o TSN fora criado para julgar os envolvidos no levante comunista de 1935, em que militantes da Aliança Nacional Libertadora liderados por Luís Carlos Prestes se rebelaram contra o governo de Getúlio Vargas, mas posteriormente passou a julgar também integralistas e políticos liberais. Em pouco mais de um ano o tribunal processou 1.420 pessoas.

13 Conhecido como o governo democrático de Getúlio Vargas, insere-se no período histórico denominado de Quarta República (1946 – 1964), vai da sua posse em 31 de janeiro de 1951 até seu suicídio em 24 de agosto de 1954.

por atenuar a repressão aos crimes políticos, e vigorou durante os anos de democracia<sup>14</sup> que se seguiram até o golpe militar de 1964.

## 1.2 Golpe Militar de 1964 e a legislação da Doutrina de Segurança Nacional: Decreto-Lei n. 314/67; Decreto-Lei n. 510/69; Decreto-Lei n. 898/69; Lei n. 6.620/78

Com a implantação do regime ditatorial, a doutrina da segurança nacional passa por uma reformulação, que apesar da inclusão de elementos inovadores como a noção de interdependência entre desenvolvimento econômico e segurança<sup>15</sup>, seguia tendo como eixo central o combate à subversão comunista e como característica precípua a imprecisão do conceito de segurança nacional.

Destarte, em 13 de março de 1967, pelas mãos do general Castelo Branco é promulgado o Decreto-Lei nº 314, responsável por inaugurar a utilização do termo “segurança nacional” em um diploma pátrio. O art. 2º do referido diploma estabelecia a segurança nacional como “*garantia da consecução dos objetivos nacionais contra antagonismos, tanto internos como externos*”, e o art. 3º esclarecia que para a sua realização eram necessárias “*medidas destinadas à preservação da segurança externa e interna, inclusive a prevenção e repressão da guerra psicológica adversa e da guerra revolucionária ou subversiva*”. Por sua vez, o § 2º conceituava a guerra psicológica adversa como sendo “*o emprego da propaganda, da contrapropaganda e de ações nos campos políticos, econômico, psicossocial e militar, com a finalidade de influenciar ou provocar opiniões, emoções, atitudes e comportamentos de grupos estrangeiros, inimigos, neutros ou amigos, contra a consecução dos objetivos nacionais*”.<sup>16</sup>

14 No que pese a Quarta República ser considerada um período democrático, não é demais lembrar que o Partido Comunista do Brasil – PCB, que há época desenvolvia suas ações dentro dos limites legais e havia alcançado cerca de 10% dos votos nacionais nas eleições de 1945, teve seu registro cassado pelo Tribunal Superior Eleitoral em maio de 1947, com base na violação ao art. 141, § 13, da Constituição de 1946, c.c. o artigo 26, alíneas a e b, do Decreto-Lei nº 9.258/46. Esse dispositivo constitucional, baseado na pluralidade partidária e na garantia dos direitos fundamentais vedava a organização, o registro ou o funcionamento de associação ou partido cujo programa ou ação contrariasse o regime democrático. Em janeiro de 1948 foram cassados os mandatos dos 14 deputados eleitos, incluindo o do escritor Jorge Amado, e o mandato do Senador Luis Carlos Prestes.

15 A ESG, responsável por elaborar as diretrizes programáticas da nova doutrina de segurança nacional e estabelecer as bases para o regime militar, acreditava que somente um poder forte baseado na segurança nacional seria capaz de alcançar os objetivos nacionais do desenvolvimento econômico e social. Os denominados objetivos da nação foram estabelecidos a partir da correta compreensão de que a sustentação do regime dependia da prosperidade econômica e social.

16 BRASIL. Decreto-Lei nº 314, de 13 de março de 1965. Brasília: Presidência da República, Casa Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1965-1988/del0314.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0314.htm)> Acesso em: 23/04/2021.

Com o endurecimento do regime nos anos que se seguiram, o texto foi primeiro alterado pelo Decreto-Lei 510, de 20 de março de 1969, e posteriormente pelo Decreto-Lei nº 898, de 29 de setembro de 1969. Este último, foi responsável por reintroduzir a pena de morte e a prisão perpétua (arts. 50 e 104).

Fragoso considerava o Decreto-Lei 898/69 absolutamente desproporcional e desarrazoado, ele afirmava que a Lei adotava uma “*política intimidativa e feroz, reintroduzindo a pena de morte (...)pródiga na previsão de penas mínimas inteiramente desproporcionadas com a gravidade do malefício*”. Ele apontava a existência de “*crimes de manifestação do pensamento punidos com a pena mínima de 10 anos (art. 39)*”<sup>17</sup>.

O diploma draconiano perduraria até 1978, quando, já no contexto de abertura “lenta, gradual e segura” do Governo Geisel, foi promulgada a Lei nº 6.620, responsável por excluir as penas de morte e perpétua. Todavia, apesar da exclusão das penas perpétua e capital, as demais figuras delituosas não sofreram grandes modificações, persistindo ainda a vagueza do conceito de segurança nacional e a indeterminação dos tipos penais.

Não à toa a legislação foi alvo de severas críticas de juristas como Evaristo de Moraes Filho, Nilo Batista, Modesto da Silveira, Lino Machado e, o já mencionado, Claudio Heleno Fragoso. Este último afirmava que não era importante preservar a “*segurança contra vagos e inconcludentes antagonismos, internos e externos. Os antagonismos são normais nas sociedades abertas e pluralísticas*”.<sup>18</sup> Na sua concepção, a nova lei, aprovada sem “*a participação dos representantes do povo*”<sup>19</sup>, não apenas mantinha, como aprimorava a doutrina da segurança nacional.

### 1.3 A atual Lei de Segurança Nacional – Lei nº 7.170/83

É no ambiente de extremo desgaste do regime, fruto tanto da luta dos partidos e movimentos sociais pela reabertura e anistia, quanto da crise econômica que nas palavras de José Pedro Macarini, levou a “*uma fissura na base de sustentação da ditadura*”<sup>20</sup>, que a atual Lei de Segurança Nacional foi gestada.

17 FRAGOSO, Cláudio Heleno. **Lei de Segurança Nacional**. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal. V. 15, nº 59, p. 71-86, 1978. Disponível em: < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181142>> Acesso em: 23/04/2021.

18 FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lei de Segurança Nacional: Uma Experiência Antidemocrática**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, p. 7, 1980.

19 Ibidem. p. 7.

20 Em seu artigo, intitulado de “Crise política e econômica: o Governo Figueiredo (1979 – 1984)”, José Pedro Macarini explica que as políticas adotadas a partir de 1974 para combater a inflação e o equacionar o financiamento do desequilíbrio externo que levaram a cortes no investimento público e o

Já não era mais possível sustentar a aplicação da doutrina da segurança nacional, cada vez mais contestada e repelida pela imprensa, por associações de classe, igrejas e pela Ordem dos Advogados do Brasil. É que ela que já havia legitimado a perseguição e o assassinato de inúmeros opositores, passara também a reprimir, no fim dos anos setenta e início dos oitenta, trabalhadores grevistas que almejavam melhores condições salariais e de trabalho.<sup>21</sup>

A manutenção do antigo texto não condizia com a flexibilização prometida pelos militares, por isso, em 1983 foi promulgada uma nova Lei de Segurança Nacional, a Lei nº 7.170, que passados 33 anos da aprovação da Constituição Cidadã de 1988, segue vigente e, no último período, recorrentemente invocada.

A atual LSN, em seu art. 1º, define os bens que pretende tutelar, a saber, a integridade territorial e a soberania nacional; o regime representativo e democrático; a Federação e o Estado de Direito e a pessoa dos chefes dos Poderes da União. Seu art. 2º, por sua vez, indica os requisitos que devem ser observados para a sua aplicação, são eles a motivação e os objetivos do agente e a lesão real ou potencial aos bens jurídicos elencados no artigo anterior.

Diferentemente do diploma de 1978 que tipificava em seu rol 40 condutas como crimes contra à segurança nacional, a atual LSN prevê apenas 22 (arts. 8º a 29). Todavia, assim como em suas antecessoras, os termos adotados são vagos e indeterminados e subsistem os delitos de opinião e de propaganda.

A lei ainda contempla a possibilidade de decretação de prisão pela autoridade que preside o inquérito, e prevê hipótese de incomunicabilidade do preso, além da aplicação subsidiária do Código Penal Militar em julgamento de crimes cometidos por civis.

Apesar de ter sido classificada pelo STF como “entulho autoritário”, talvez pela pouquíssima invocação durante as 3 primeiras décadas de regime democrático, não foi objeto de controle de constitucionalidade após entrada em vigor da Carta de 88.

---

desaceleração na taxa de investimento foram absolutamente ineficazes e responsáveis por intensificar a especulação financeira e a desorganização das finanças públicas, levando o empresariado nacional a questionar a racionalidade da política econômica e a se posicionar pelo fim do regime.

21 Entre os anos de 1978 e 1980, grandes greves foram organizadas pelos metalúrgicos do ABC Paulista, com assembleias que chegaram a reunir cerca de 100 mil trabalhadores no Estádio de Vila Euclides, em São Bernardo. A greve de 1980, que durou 43 dias, se estendeu por mais de 16 municípios do interior de São Paulo, foi duramente reprimida, culminando com a invasão da sede do sindicato dos metalúrgicos de São Bernardo e a prisão de 16 líderes sindicais, incluindo o ex-Presidente da República e presidente da entidade à época, Luís Inácio Lula da Silva. Para mais informações, ver o especial Memória Globo - Greves do ABC. Disponível em: < <https://memoriaglobo.globo.com/jornalismo/coberturas/greves-do-abc/a-greve-de-1980/> > Acesso em: 23/04/2021.

Conforme já mencionado, a ampla maioria dos casos envolvendo a LSN tratavam de questões relativas à introdução no território nacional, transporte, venda, distribuição ou recepção de armamento ou material de uso privativo das Forças Armadas e, em menor quantidade, das práticas de atos considerados capazes de gerar comoção para ameaçar a segurança nacional. Entretanto, esse quadro mudou radicalmente com a eleição do presidente Jair Bolsonaro, como veremos a seguir.

## **2. CASOS CONCRETOS EM QUE A LSN FOI UTILIZADA APÓS A ELEIÇÃO DE JAIR MESSIAS BOLSONARO**

Desde 2019 a LSN tem sido invocada para enquadrar manifestantes que se pronunciavam tanto contrariamente ao atual governo, quanto em favor deste e em oposição aos demais poderes da República, conforme veremos a seguir<sup>22</sup>.

Em fevereiro de 2020, após o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva ter divulgado vídeo em que atribuía ao atual Presidente Jair Bolsonaro a pecha de miliciano, foi instaurado, por requerimento do então Ministro da Justiça Sérgio Moro, inquérito baseado no art. 26 da LSN<sup>23</sup>.

Novamente, em junho de 2020, o art. 26 foi utilizado para justificar o pedido de investigação contra o chargista Aroeira e o jornalista Ricardo Noblat, em razão da publicação e divulgação de charge que estampava a transformação da cruz vermelha de um hospital em suástica nazista, em tom de crítica motivada pelo incentivo de Jair Bolsonaro à onda de invasão a hospitais por parte de grupos que duvidavam da veracidade do número de mortes e internações decorrentes da pandemia da Covid-19.<sup>24</sup>

No mês seguinte foi a vez do colunista da Folha de São Paulo, Hélio Schwartzman, ser indiciado pela publicação do artigo intitulado de “Por que torço para que Bolsonaro morra”, cuja argumentação consistia na defesa de que no “(...) conse-

---

22 Ressalte-se que a pesquisa se limitou à investigação de dados publicados pela imprensa, não tendo sido objeto da análise os inquéritos divulgados nas respectivas matérias aqui mencionadas.

23 Notícia divulgada pelo jornal O Globo no dia 19 de fevereiro de 2020, em matéria intitulada de “Moro pede Lei de Segurança Nacional para Lula, e PF ouve ex-presidente”. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/brasil/moro-pede-lei-de-seguranca-nacional-para-lula-pf-ouve-ex-presidente-1-24258769>> Acesso em: 23/03/2021.

24 Notícia divulgada na matéria “Ministro da Justiça pede investigação de charge que associa Bolsonaro ao Nazismo e cita Lei de Segurança Nacional”, veiculada pelo jornal O Globo em 15 de junho de 2016. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/brasil/ministro-da-justica-pede-investigacao-de-charge-que-associa-bolsonaro-ao-nazismo-cita-lei-de-seguranca-nacional-1-24480814>> Acesso em: 23/03/2021.

*quencialismo, ações são valoradas pelos resultados que produzem. O sacrifício de um indivíduo pode ser válido, se dele advier um bem maior”.*<sup>25</sup>

Pouco tempo depois, foi a vez de Sônia Guajajara, coordenadora nacional da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB) e ex-candidata a vice-presidência pelo PSOL nas eleições de 2018, sofrer ameaças em razão da sua destacada atuação internacional denunciando a política ambiental do governo Bolsonaro, que favoreceu o desmatamento e os ataques aos povos indígenas. General Augusto Heleno, Ministro do Gabinete de Segurança Institucional, publicou tweets acusando a indígena de praticar crime de “lesa-pátria”, previsto pela LSN.<sup>26</sup>

Em janeiro de 2021 veio a público o caso de indiciamento, com base no art. 26, do advogado Marcelo Feller, que, em entrevista à CNN Brasil, ao comentar a forma com o enfrentamento à pandemia vinha sendo conduzida, chamou o Presidente Jair Bolsonaro de genocida.<sup>27</sup>

Posteriormente, no dia 17 de fevereiro de 2021, foi a vez do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes, invocar a LSN, para justificar a prisão cautelar do Deputado Daniel Silveira, pela prática de pregação do retorno à ditadura e de crime contra à honra do Poder Judiciário e de ministros do supremo.<sup>28</sup>

Em 04 de março de 2021, a Polícia Militar prendeu em flagrante o estudante de graduação da Universidade Federal de Uberlândia, João Reginaldo da Silva Junior, pela suposta prática de incitação à violência (art. 23) contra o Presidente da República.<sup>29</sup>

No dia 16 de março de 2021, o influencer Felipe Neto foi intimado a depor depois de ter sido denunciado pelo vereador Carlos Bolsonaro pela prática de calúnia

---

25 Artigo publicado no dia 7 de julho de 2020, pelo jornalista Hélio Schwartzman em sua coluna no jornal Folha de São Paulo. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/helioschwartzman/2020/07/por-que-torco-para-que-bolsonaro-morra.shtml>> Acesso em: 23/03/2021.

26 Notícia divulgada pela revista Veja em 23 de setembro de 2020. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/blog/matheus-leitao/comunidade-indigena-reage-apos-ataques-de-general-heleno-contra-apib/>> Acesso em: 30/03/2021.

27 Notícia divulgada no dia 21 de janeiro de 2021 pela revista Isto é dinheiro. Disponível em <<https://www.istoedinheiro.com.br/pf-intima-advogado-marcelo-feller-em-inquerito-de-lsn-por-criticas-a-bolsonaro/>> Acesso em: 23/03/2021.

28 Notícia divulgada pela revista Conjur em 17 de fevereiro de 2021. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2021-fev-17/deputado-presos-pregar-ditadura-atacar-supremo>> Acesso em: 23/01/2021.

29 Notícia divulgada em 04 de abril de 2021 no portal UOL. Disponível em <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2021/03/04/jovem-e-presos-em-uberlandia-apos-publicacao-contra-bolsonaro.htm>> Acesso em: 23/01/2021.

contra o Presidente da república, prevista pelo art. 26 da SLN, por tê-lo chamado de genocida.<sup>30</sup>

Na manhã do 18 de março de 2021, cinco jovens foram presos na Praça dos Três Poderes acusados de infringir Lei de Segurança Nacional enquanto estendiam uma faixa de protesto associando ao presidente Bolsonaro uma cruz suástica. Eles foram encaminhados para Delegacia da Polícia Federal onde passaram cerca de 6 horas antes de serem liberados.<sup>31</sup>

Finalmente, no dia 21 de abril de 2021, o ex-candidato à prefeitura de São Paulo e coordenador nacional do Movimento dos Trabalhadores Sem Teto – MTST, Guilherme Boulos, foi intimado a comparecer na sede da polícia federal em São Paulo para prestar depoimento no âmbito de inquérito aberto com base na LSN para apurar possível incitação à violência em razão de um comentário publicado um ano antes em seu perfil do Twitter. Na ocasião, o político comentara uma entrevista dada por Bolsonaro durante uma manifestação que pedia o fechamento do Congresso Nacional e do STF, realizada em frente ao Quartel General do Exército na Capital Federal, em que o Presidente afirmou ser ele próprio a Constituição. Boulos comparou a frase de Bolsonaro à conhecida declaração do monarca absolutista francês Luís XIV “*O estado sou eu*”, e completou dizendo: “*Um lembrete para Bolsonaro: a dinastia de Luís XIV terminou na guilhotina*”.<sup>32</sup>

Na totalidade dos casos mencionados acima, foram invocados tipos penais envolvendo delitos de opinião e propaganda, razão pela qual a verificação de sua compatibilidade com os direitos constitucionais de liberdade de expressão e informação resta justificada.

### **3. ANÁLISE DOS ARTIGOS 22, I, II; 23, I, II, III E 26 À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

A Lei de Segurança Nacional consagra, como já anteriormente dito, tipos penais que criminalizam condutas comunicativas responsáveis por expressar opinião, ou

---

30 Notícia divulgada pelo portal de notícias G1 em 16 de março de 2021. Disponível em <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/03/16/policia-civil-intima-felipe-neto-para-ser-ouvido-na-quinta-feira-sobre-acusacoes-a-bolsonaro.ghml>> Acesso em: 23/01/2021.

31 Notícia divulgada pelo portal G1, em 18 de março de 2021. Disponível em: < <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2021/03/18/grupo-e-presos-por-estender-faixa-de-protesto-contrabolsonaro-em-brasilia.ghml>> Acesso em: 30/03/2021.

32 Notícia divulgada pelo jornal Correio Braziliense em 21 de abril de 2021. Disponível em < <https://www.correio braziliense.com.br/politica/2021/04/4919460-policia-federal-intima-boulos-por-tuite-com-lembrete-a-bolsonaro-sobre-luis-xiv.html>> Acesso em: 24/01/2021.

seja, críticas e manifestações contra governantes e instituições do Estado, ou ainda, contra à própria ordem social vigente. Entretanto, essa tipificação parece conflitar com a proteção dada pelo ordenamento constitucional pátrio à liberdade de expressão e ao direito à informação, conforme veremos a seguir.

A Constituição de 1988 representou a coroação do processo de transição que pôs fim ao regime ditatorial de mais de duas décadas deflagrado pelos militares com o golpe de 1964, e instaurou a democracia no país. Seus objetivos basilares se ligam à defesa do regime democrático e à garantia dos direitos fundamentais.

As chamadas liberdades, a saber, de locomoção e circulação; de pensamento e seus desdobramentos (opinião, religião, informação, artística, comunicação do conhecimento); de expressão coletiva (reunião e associação); de ação profissional (livre escolha e de exercício de ofício, trabalho e profissão); econômica e social, constituem o eixo central de todo e qualquer regime democrático.

A doutrina conceitua a liberdade de pensamento nas suas múltiplas formas de expressão como sendo a liberdade primária e ponto de partida para todas as outras. Nesse sentido, José Afonso da Silva classifica a liberdade de opinião como a faculdade de pensar e dizer o que se crê verdadeiro, ou seja, o direito que todo indivíduo possui de adotar a atitude intelectual que melhor lhe satisfaça, quer seja em seu pensamento íntimo, quer seja na tomada de uma posição pública.<sup>33</sup>

Ao reconhecer essas duas dimensões da liberdade de pensamento, interna e externa, a constituição não apenas assegura, como declara inviolável, em seu art. 5º, VI, a liberdade de crença, de convicção filosófica ou política, atribuindo ao cidadão a livre escolha sobre ter ou não uma religião, filiar-se ou não a uma corrente filosófica, adotar ou não uma ideologia política, qualquer que seja ela.

Por outro lado, extrai-se dos incisos IV, V, IX, XII e XIV do art. 5º, combinados com o art. 220 da CF, que o aspecto externo da liberdade de pensamento manifesta-se por meio dos processos comunicativos, ou seja, daqueles que envolvem a criação, expressão e difusão do pensamento e da informação. Assim, o direito à comunicação, expressão e informação, nos limites da constituição, são resguardados de qualquer tipo de restrição, independente da forma ou instrumento de veiculação, da censura de natureza ideológica, política e artística, além de serem protegidos de dispositivos legais que embaracem ou dificultem a atuação da imprensa.

---

33 SILVA, Afonso José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 25ªed. p. 113, 2005.

Por sua vez, a liberdade de informação compreende tanto o direito de informar o outro sobre aquilo que se pensa, quanto o direito de receber informação ampla e plural, para que se possa a partir de um convencimento esclarecido exercer as liberdades públicas.

Noutro giro, importa destacar que a CF guarda sintonia com a evolução registrada no âmbito internacional, e que parte desses tratados e convenções foram ratificados pelo Brasil, a saber, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, declara em seu artigo 19 que, *“todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão.”*

Já o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966, ratificado pelo Brasil, dispõe em seu artigo 19.1 que: *“que ninguém poderá ser molestado por suas opiniões”* e, em seu art. 19.2, que a todos será assegurado à liberdade de expressão e que *“esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha”*.

Finalmente, o artigo 13.1 da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), também ratificado, assegura a todos as liberdades de pensamento e manifestação e esclarece que *“Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha (...)”*.

Por conseguinte, no que pese a nova lei ter mudado em parte o núcleo central da política de segurança nacional, restringindo seu conceito, segundo Frágoso, àquilo que ofende *“à própria existência do Estado e à sua independência e soberania”*<sup>34</sup>, um olhar mais detido ao rol de crimes de opinião faz desvelar entre seus objetivos a presença da concepção de guerra psicológica adversa, na medida em que busca tanto “proteger” a comunidade dos chamados delitos de opinião e propaganda (arts. 22, I e II e 23, I, II e III), quanto blindar a honra (aspecto individual<sup>35</sup>) dos chefes dos poderes da nação.

34 FRAGOSO, Heleno Cláudio. **A nova Lei de Segurança Nacional**. Revista de Direito Penal e Criminologia, Rio de Janeiro: Forense, n. 35, p. 2, 1983.

35 Sobre o tema, ver LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. **Defesa do Estado de Direito por meio do Direito Penal**: a experiência comparada e o desafio brasileiro. Parecer, CFOAB, 2020, Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-oab-lsn-alaor-teixeira.pdf>> Acesso em 22/03/2021

O art. 22 que criminaliza em seus incisos I e II a propaganda “*de processos violentos ou ilegais para a alteração da ordem política e social*” e “*de luta pela violência entre as classes sociais*”, possui flagrante motivação ideológica. Os termos utilizados não deixam dúvida de que o alvo da norma é reprimir a ideologia comunista, impedindo que ela seja propagada e possa arregimentar seguidores, repressão essa que não foi autorizada pelo ordenamento constitucional atual.

A democracia brasileira, e certamente todas as outras que se desejem verdadeiras, não pode prescindir da pluralidade de ideias, da participação das minorias e da institucionalização da divergência como elementos constitutivos de seus regimes. Afinal, como bem nos ensinou Ronald Dworkin, ao discorrer sobre a teoria da autonomia, uma comunidade política autêntica “*não deve ditar o que seus cidadãos pensam sobre questões de julgamento político, moral ou ético, mas deve, pelo contrário, fornecer circunstâncias que os encorajem a chegar a crenças sobre esses assuntos por meio de sua própria convicção reflexiva e finalmente individual*”<sup>36</sup>.

Por sua vez, os incisos I a III do art. 23, que tipificam os atos de incitação à subversão da ordem social; à animosidade entre as Forças Armadas e as classes sociais ou instituições civis; e à luta com violência entre as classes sociais, assim como o anterior possibilita a criminalização de meros delitos de opinião, e podem permitir que críticas às Forças Armadas, ao governo e ao próprio sistema sejam tachadas de crime contra a segurança da nação, em afronta à liberdade de manifestação do pensamento e ao direito à informação.

Por fim, o art. 26 que enquadra como crime contra a segurança nacional os atos de caluniar e difamar os presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal, além de representar mais uma forma de mitigação do direito à livre expressão, visa resguardar a honra individual de autoridades estatais que no ambiente democrático podem e devem ser submetidas à crítica pública, ainda que essa seja feita em termos jocosos.

Como bem explicita Alaor Leite, em parecer proferido para à Ordem dos Advogados do Brasil, o que se deve querer proteger é o exercício real das funções das instituições que são imprescindíveis para o funcionamento do Estado de Direito. Portanto, se por um lado a proteção das instituições demanda a atuação do Direito Penal, por outro circunscreve-lhe os limites dessa própria atuação, razão pela qual “*a proteção deve ser reduzida em sua extensão, mas vigorosa em caso de interferência real no funcionamento de instituições democráticas*”<sup>37</sup>.

---

36 DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law**: The moral reading of the American Constitution. New York: Oxford University Press, 2005.

37 Ibidem. p. 53

Desta forma, resta evidente que é indispensável para caracterização do crime político que a ofensa aos interesses da segurança do Estado se faça com particular finalidade de agir, ou seja, o agente deve dirigir sua ação com o objetivo de atingir a segurança do Estado, de atingir a estrutura do poder legalmente constituído. Portanto, o fim de agir é elemento essencial neste tipo de ilícito, sem o qual não se atinge a segurança do Estado. Não há ofensa aos interesses políticos do Estado de Direito se o agente se limita a criticar, divulgar opiniões, ainda que com intuito de arregimentar apoiadores para a causa que defende, sem que sua ação seja deliberadamente dirigida a segurança do Estado com emprego de violência.

É exatamente por não guardarem paralelo com as típicas ações que possuem esse conteúdo finalístico de causar dano real à segurança do Estado, como por exemplo a invasão de prédios ou sistemas públicos com vistas a inviabilizar o funcionamento das instituições, que os tipos penais previstos pelos artigos aqui analisados, se utilizados, se revelam como graves entraves ao exercício da atividade democrática, pois servem apenas para intimidar e reprimir o pensamento divergente.

A simples existência de uma norma que vise a restrição dos direitos comunicativos pode ocasionar o denominado efeito resfriador do discurso – *chilling effect* – sobre a futura expressão legítima de cidadãos. Ou seja, a autocensura exercida pelos próprios cidadãos sobre seus discursos, em decorrência do medo de uma possível responsabilização penal.

Em posição diametralmente oposta aos objetivos desses artigos estão às escolhas constitucionais que optaram por fomentar a participação cívica pela via da atuação na esfera pública, que pode se dar tanto pela reivindicação e proposição de medidas voltadas ao bem da coletividade, quanto por denúncias dos abusos cometidos pelo Estado.

Assim, diante de tudo já exposto, mister se faz concluir que a criminalização da crítica destinada às intuições e suas autoridades, e a restrição de atividades que visem difundir e propagandear ideologias de forma pacífica e dentro dos limites da lei, previstas pelos artigos 26; 22, I e II; 23, I, II e III, da LSN, não se coadunam, nem tampouco se compatibilizam com o espírito democrático atual e, portanto, não podem ser consideradas recepcionadas pelo ordenamento constitucional, sob pena de grave ofensa às garantias de liberdade de manifestação e de informação.

#### 4. PROPOSTAS DE REVISÃO E MODIFICAÇÃO DA LSN EM CURSO

Conforme se observa, as leis de segurança nacional brasileiras foram marcadas por regimes autoritários, como o Estado Novo e a Ditadura Militar, e seu uso serviu de base para a criminalização da manifestação do pensamento e perseguição da oposição política. Por isso sua utilização no regime democrático tem sido objeto de frequentes questionamentos.

Tanto o conceito de guerra psicológica adversa, quanto à classificação de opo- sitores como inimigos da nação remontam a uma lógica de segurança nacional que o país decidiu abandonar e superar quando elegeu o regime democrático e instituiu o Estado de Direito. Contudo, tais noções persistem nas entrelinhas dos tipos penais vagos e indeterminados presentes na Lei nº 7.170/1983, contrariando preceitos cons- titucionais como a reserva legal, a liberdade de expressão e o direito à informação.

Uma série de iniciativas legais e jurídicas foram tomadas com intento de enterrar de vez o fantasma da doutrina de segurança nacional, algumas surgiram antes mesmo de sua recente utilização, como é o caso do PL 6.764/2002, que *“Acrescenta o Título XII, que trata dos crimes contra o Estado Democrático de Direito, à Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências”*<sup>38</sup>.

Depois de quase duas décadas praticamente esquecido, o PL 6.764/2002 voltou à cena, com aprovação, no dia 20/04/2021, do requerimento de urgência<sup>39</sup> apresen- tado pela deputada Margarete Coelho, do PP-PI, e pelo deputado Hugo Motta, do Republicanos-PB. O regime de urgência dispensa algumas formalidades regimentais, entre elas a obrigatoriedade da tramitação em comissões, e permite que o projeto de lei vá direto ao plenário da Casa.

A dep. Margarete Coelho, logo após ser designada relatora do projeto, em en- trevista à Globonews, afirmou que a Lei de Segurança Nacional *“é o último bastião de um regime de exceção”* e que *“não tem compatibilidade com a Constituição de 88”*. Segundo ela, o desafio é *“fazer com que essa linha ténue [entre liberdade e seus limites] fique o mais clara possível para que a liberdade de expressão, de manifes-*

38 Segundo a Exposição de Motivos 109/MJ, de 16 de abril de 2002, o PL foi *“fruto dos trabalhos da Comissão de Alto Nível coordenada pelo Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, e com participação do Dr. Luiz Roberto Barroso, Dr. Luiz Alberto Araújo e Dr. José Bonifácio Borges de Andrada (...) com o intuito de efetuar estudos sobre a legislação de Segurança Nacional e sugerir princípios gerais para nortear a elaboração de Projeto de Lei de Defesa do Estado Democrático de Direito”*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/projetos/EXPMOTIV/MJ/MJ109-2002.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/projetos/EXPMOTIV/MJ/MJ109-2002.htm)> Acesso em: 25/04/2021.

39 Cf. tramitação do PL 6.764/2002, disponível em <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=51185>> Acesso em: 25/04/2021.

*tação, não seja tolhida, mas que ela também não seja levado ao outro extremo, no sentido de atacar as instituições democráticas”.*<sup>40</sup>

Tramitam no Supremo Tribunal Federal quatro ações de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, que objetivam a manifestação da Corte sobre a não recepção pela Constituição Federal da Lei nº 7.170/1983.

A ADPF 797, proposta pelo Partido Trabalhista Brasileiro - PTB, sustenta a incompatibilidade da integralidade da norma com o Estado Democrático de Direito e objetiva a sua revogação integral. Já a ADPF 799, de autoria do Partido Socialista Brasileiro - PSB, pede sua revogação parcial, pois acredita na existência de dispositivos compatíveis com a Constituição, que devem ser mantidos para garantir a defesa da ordem democrática pelo Poder Judiciário.

Por sua vez, a ADPF 815, apresentada pelo Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB, sustenta que nenhum direito ficará desprotegido em decorrência de sua invalidação integral, já que os dispositivos que poderiam servir à proteção do Estado já são tutelados por outras normas, como o Código Penal e, portanto, pede a invalidação integral do diploma. Por fim, a ADPF 816, ajuizada pelos Partidos Socialismo e Liberdade - PSOL, dos Trabalhadores - PT e Comunista do Brasil – PCdoB, corrobora com a visão defendida pela ADF 815 e impugna apenas alguns dispositivos da LSN.

O que nos leva a crer na existência de um consenso entre as mais diversas legendas sobre a inconveniência da manutenção da legislação em questão, no que pese as divergências quanto à extensão da invalidação (parcial ou integral).

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

No ordenamento constitucional brasileiro a liberdade de manifestação e o direito à informação se mostram como importantes instrumentos de participação e de realização da democracia, por meio do qual todos os cidadãos são chamados à construção das políticas conduzidas e realizadas pelo poder público, propiciando um sistema mais transparente, limitado e comprometido com as demandas dos eleitores. Assim, por serem garantidores de que toda ideia e todo pensamento tenham igual acesso ao debate público, a liberdade de expressão e o direito à informação colaboram para o desenvolvimento da democracia.

---

40 Notícia divulgada pelo portal G1, no dia 20 de abril de 2021, disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/04/20/camara-aprova-urgencia-para-analise-de-projeto-que-revoga-lei-de-seguranca-nacional.ghtml>> Acesso em: 25/04/2021.

Nesse sentido, é salutar ressaltar que os artigos que foram objetos desse estudo são absolutamente incongruentes com o ambiente democrático e, por isso, devem ser expurgados do ordenamento pátrio, seja por meio da ação do Poder Judiciário no julgamento das ADPFs em tramitação com a declaração de não recepção, seja por via legislativa, com a aprovação de uma nova lei que pretenda verdadeiramente proteger o Estado Democrático de Direito, sob pena de se ver ressurgir o fantasma da segurança nacional, cujo intuito não é outro senão a domesticação da cidadania por meio do policiamento da crítica, da imprensa e da liberdade de expressão.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 38, de 04 de abril de 1935**. Rio de Janeiro: Presidência da República, Casa Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1930-1949/l0038.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/l0038.htm)>. Acesso em: 23/04/2021.

BRASIL. **Lei nº 136, de 14 de dezembro de 1935**. Rio de Janeiro: Presidência da República, Casa Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1930-1949/L0136.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L0136.htm)> Acesso em: 23/04/2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 431, de 18 de maio de 1938**. Rio de Janeiro: Presidência da República, Casa Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/del0431.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del0431.htm)> Acesso em: 23/04/2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.766, de 1º de outubro de 1942**. Rio de Janeiro: Presidência da República, Casa Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/del4766.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del4766.htm)>. Acesso em: 23/04/2021.

BRASIL. **Lei nº 1.802, de 5 de janeiro de 1953**. Rio de Janeiro: Presidência da República, Casa Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/l1802.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l1802.htm)> Acesso em: 23/04/2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 314, de 13 de março de 1965**. Brasília: Presidência da República, Casa Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1965-1988/del0314.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0314.htm)> Acesso em: 23/04/2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 898, de 29 de setembro de 1969**. Brasília: Presidência da República, Casa Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/l6620.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6620.htm)> Acesso em: 23/04/2021.

BRASIL. **Lei 6.620, de 17 de dezembro de 1978**. Brasília: Presidência da República, Casa Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1965-1988/del0898.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0898.htm)> Acesso em: 23/04/2021.

BRASIL. **Lei 7.170, de 14 de dezembro de 1983**. Brasília: Presidência da República, Casa Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7170.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%207.170%2C%20DE%2014,julgamento%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias.>](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7170.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%207.170%2C%20DE%2014,julgamento%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias.>)> Acesso em: 23/04/2021.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Brasília: Presidência da República, Casa Civil. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)> Acesso em: 01/05/2021.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Brasília: Presidência da República, Casa Civil. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)> Acesso em 01/05/2020.

BRASIL. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 797**. Supremo Tribunal Federal, Brasília, 2021. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6123032>> Acesso em: 25/04/2021.

BRASIL. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 799**. Supremo Tribunal Federal, Brasília, 2021. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6124735>> Acesso em: 25/04/2021.

BRASIL. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 815**. Supremo Tribunal Federal, Brasília, 2021. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6139632>> Acesso em: 25/04/2021.

BRASIL. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 816**. Supremo Tribunal Federal, Brasília, 2021. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6140837>> Acesso em: 25/04/2021.

COELHO, Henrique. **Polícia Civil intima Felipe Neto para ser ouvido na quinta-feira sobre acusações a Bolsonaro**. Rio de Janeiro, G1, 2021. Disponível em <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/03/16/policia-civil-intima-felipe-neto-para-ser-ouvido-na-quinta-feira-sobre-acusacoes-a-bolsonaro.ghtml>> Acesso em: 23/01/2021.

DAL RI Jr., Arno. **O conceito de Segurança Nacional na doutrina jurídica brasileira: usos e representações do Estado Novo à Ditadura Militar Brasileira (1935-1985)**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba: Unibrasil, v. 14, p. 525-543, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: The moral reading of the American Constitution**. New York: Oxford University Press, 2005.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **A nova Lei de Segurança Nacional**. Revista de Direito Penal e Criminologia, Rio de Janeiro: Forense, n. 35, 1983.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lei de Segurança Nacional: Uma Experiência Antidemocrática**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1980.

FRAGOSO, Cláudio Heleno. **Lei de Segurança Nacional**. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal. V. 15, nº 59, 1978. Disponível em: < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181142>> Acesso em: 23/04/2021.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Sobre a Lei de Segurança Nacional**. Revista de Direito Penal, Rio de Janeiro: Forense, n. 30, 1979.

KIRSZTAJN, Laura Mastroianni. **A Lei de Segurança Nacional no STF: como uma lei da ditadura vive na democracia?**. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, 2018. Disponível em: < <http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/03/LauraMonografia.pdf>> Acesso em: 20/03/2021.

GUEDES, Demian. **A lei de segurança nacional e o passado que não passa**. Brasília: Jota, 2020. Disponível eletronicamente em: <[https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-lei-de-seguranca-nacional-e-o-passado-que-nao-passa-19082020](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-lei-de-seguranca-nacional-e-o-passado-que-nao-passa-19082020)>. Acesso em 23/03/2021.

LEITÃO, Matheus. **Comunidade indígena reage após ataques de general Heleno contra Apib**. Veja, São Paulo, 2020. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/blog/matheus-leitao/comunidade-indigena-reage-apos-ataques-de-general-heleno-contr-a-pib/>> Acesso em 23/03/2021.

LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. **Defesa do Estado de Direito por meio do Direito Penal: a experiência comparada e o desafio brasileiro**. Parecer, CFOAB, 2020, Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-oab-lsn-alaor-teixeira.pdf>> Acesso em 22/03/2021

MACARINI, José Pedro. **Crise e política econômica: o governo Figueiredo (1979-1984)**. Campinas: Unicamp, (Texto para Discussão 144), 2008. Disponível em: <<https://www.eco.unicamp.br/docprod/download.php?id=1774&tp=a>> Acesso em: 24/04/2021.

MATTOS, Marcela; CLAVERY, Elisa; BARBIÉRI, Luiz Felipe. **Câmara aprova urgência para análise de projeto que revoga Lei de Segurança Nacional**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/04/20/camara-aprova-urgencia-para-analise-de-projeto-que-revoga-lei-de-seguranca-nacional.ghtml>> Acesso em: 25/04/2021.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Paris: Assembleia Geral da ONU, 1948. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 01/05/2021.

ORTIZ, Brenda; CRUZ, Carolina. **Grupo é preso por estender faixa de protesto contra Bolsonaro em Brasília**. G1, Brasília, 2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2021/03/18/grupo-e-preso-por-estender-faixa-de-protesto-contr-a-bolsonaro-em-brasilia.ghtml>> Acesso em: 30/03/2021.

PANDOLFI, Dulce Chaves. **Os anos 1930: as incertezas do regime**. In: Jorge Ferreira; Lucília Neves Delgado. (Org.). O Brasil Republicano. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, v. 2, p. 13-37.

REALE JÚNIOR, Miguel; WUNDERLICH Alexandre, **Parecer lei de segurança nacional e defesa do Estado de Direito no Brasil**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-oab-lsn-reale-jr-wunderlich.pdf>> Acesso em: 23/04/2021

SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006

SILVA, Afonso José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 25ªed. p. 113, 2005.

RANIER, Bragon. **Bolsonarismo reaviva articulação para substituir Lei de Segurança Nacional, entulho da ditadura**. Folha de São Paulo, São Paulo, 2021. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/02/bolsonarismo-reaviva-articulacao-para-substituir-lei-de-seguranca-nacional-entulho-da-ditadura.shtml>> Acesso em 23/03/2021.

REDAÇÃO. **Moro pede Lei de Segurança Nacional para Lula, e PF ouve ex-presidente**. Rio de Janeiro, Revista O Globo, 2020. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/brasil/moro-pede-lei-de-seguranca-nacional-para-lula-pf-ouve-ex-presidente-1-24258769>> Acesso em: 23/03/2021.

REDAÇÃO. **Ministro da Justiça pede investigação de charge que associa Bolsonaro ao Nazismo e cita Lei de Segurança Nacional.** Rio de Janeiro, Revista O Globo, 2020. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/ministro-da-justica-pede-investigacao-de-charge-que-associa-bolsonaro-ao-nazismo-cita-lei-de-seguranca-nacional-1-24480814>> Acesso em: 23/03/2021.

REDAÇÃO. **PF intima advogado Marcelo Feller em inquérito de LSN por críticas a Bolsonaro.** São Paulo, Revista Isto é dinheiro, 2021. Disponível em <<https://www.istoedinheiro.com.br/pf-intima-advogado-marcelo-feller-em-inquerito-de-lsn-por-criticas-a-bolsonaro/>> Acesso em: 23/03/2021.

REDAÇÃO. **Deputado Daniel Silveira é preso por pregar ditadura e atacar Supremo.** Brasília, Revista Consultor Jurídico, 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-fev-17-deputado-preso-pregar-ditadura-atacar-supremo>> Acesso em: 23/01/2021.

REDAÇÃO, Agência Estado. **Polícia Federal intima Boulos por tuíte com 'lembrete' a Bolsonaro sobre Luis XIV.** Brasília, Correio Brasiliense, 2021. Disponível em <<https://www.correiobraziliense.com.br/politica/2021/04/4919460-policia-federal-intima-boulos-por-tuite-com-lembrete-a-bolsonaro-sobre-luis-xiv.html>> Acesso em: 24/01/2021.

REDAÇÃO. **Congresso sanciona a 'Lei Monstro'.** São Paulo, Memorial da Democracia, 2015. Disponível em: < <http://memorialdademocracia.com.br/card/congresso-aprova-lei-de-seguranca-nacional>> Acesso em: 01/05/2021.

SCHWARTSMAN, Hélio. **Por que torço para que Bolsonaro morra.** São Paulo, Folha de São Paulo, 2020. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/helioschwartzman/2020/07/por-que-torco-para-que-bolsonaro-morra.shtml>> Acesso em: 23/03/2021.

TORQUATO, Bruno. **Jovem é preso em Uberlândia após publicação contra Bolsonaro no Twitter.** São Paulo, UOL, 2021. Disponível em <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2021/03/04/jovem-e-preso-em-uberlandia-apos-publicacao-contr-bolsonaro.htm>> Acesso em: 23/01/2021.

# O TSE INCORPORA INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS NAS DECISÕES RELATIVAS À LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM PROPAGANDA ELEITORAL?

Fernanda Alves de Carvalho<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente estudo analisou em qual medida o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) empregou diplomas internacionais para fundamentar as decisões em matéria de liberdade de expressão em propaganda eleitoral. A pesquisa realizada, baseada nas informações disponíveis no portal eletrônico do TSE e na metodologia de busca por palavra chaves, encontrou 176 resultados que trataram sobre liberdade de expressão em propagandas eleitorais. Dessas, apenas duas continham, na fundamentação dos votos, alguma legislação internacional. Apesar da relevância do direito internacional no ordenamento jurídico brasileiro, infere-se rasa incorporação pelo TSE nas decisões sobre essa matéria. Após análise dos dois votos, notou-se que as normas internacionais integraram os acórdãos apenas após ter se iniciado um intenso debate sobre o assunto, já nas sessões de julgamento. Percebeu-se que esses dispositivos internacionais não estavam presentes no voto do relator, mas ao longo das discussões. Concluiu-se pelo raso emprego dos diplomas internacionais em matéria de liberdade de expressão em propaganda eleitoral, sendo aplicados apenas como recurso de última instância para o convencimento dos pares.

## INTRODUÇÃO

O estudo da aplicação dos tratados internacionais no direito interno é de suma importância para a evolução e consagração do direito internacional. Isso porque o ordenamento brasileiro incorporou alguns tratados à sua ordem normativa interna, tornando-os vinculantes e de observância obrigatória. Apesar do status jurídico vinculante desses tratados, acredita-se que sua aplicação é bastante escassa nas fundamentações de decisões das Cortes Superiores do país.

---

1 A autora é graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, e atualmente discente no Programa de Mestrado da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG, orientada pelo Professor Aziz Tuffi Saliba na área de Direito Internacional Público.

Partindo dessa premissa, este artigo procurou analisar decisões que versaram especificamente sobre liberdade de expressão em propagandas eleitorais, com o objetivo de testar a extensão da aplicação pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) dos instrumentos internacionais em suas fundamentações.

Considerando que é possível encontrar, no âmbito internacional, instrumentos que garantem o direito à liberdade de expressão, assim como provisões que regulamentam a possibilidade de restrição a esse direito, a primeira parte da pesquisa buscou elucidar essas disposições, destacando as normas de caráter vinculante ao Brasil.

A segunda parte justificou a metodologia adotada para a escolha das decisões do TSE sobre a matéria, possibilitando um recorte do universo de decisões sobre esse assunto emitidas pelo Tribunal. Após o recorte, foram selecionados os acórdãos que continham em sua fundamentação, ainda que *en passant*, alguma norma internacional.

Por fim, a última parte se dedicou à analisar os votos encontrados que atenderam aos requisitos da pesquisa. Considerando que essa investigação resultou em um universo de 176 acórdãos, e que apenas dois respondiam aos quesitos procurados, debruçou-se sobre a fundamentação na aplicação dos instrumentos internacionais nesses dois acórdãos do TSE.

## **1. PROTEÇÃO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO ÂMBITO INTERNACIONAL**

Os documentos que versaram sobre liberdade de expressão no âmbito universal, e que serão tratados no tópico 2.1., são a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a Declaração Universal de Direitos Humanos, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, a Convenção para Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, e a Convenção para a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio. No plano regional, listam-se a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, o Pacto de São José da Costa Rica e a Convenção Europeia de Direitos Humanos, que serão tratados no tópico 2.2.

### **1.1 Instrumentos internacionais universais sobre liberdade de expressão**

Historicamente, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, foi o primeiro documento que expressamente protegeu o direito à liberdade de expressão. Promulgada durante a Revolução Francesa, foi considerada o marco, ainda que prospectivo, dos Direitos Humanos no mundo Ocidental. Sua publicação galvanizou ime-

diatamente a opinião pública mundial, tanto contra quanto a favor<sup>2</sup>. O documento declarou que “os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem” são a fundação de todo e qualquer governo, excluindo de forma histórica o rei, a nobreza ou a igreja do texto<sup>3</sup>. A proteção à liberdade de expressão foi logo garantida no artigo 11 da Declaração<sup>4</sup>. Vale lembrar que não se trata de um documento vinculante, representando apenas um panorama histórico internacional do direito à liberdade de expressão.

Apesar de ser possível vislumbrar o início de uma concretização de Direitos Humanos a partir da Revolução Francesa, os anos que seguiram foram marcados por graves violações aos direitos humanos, guerras e atrocidade<sup>5</sup>. Após anos de rivalidades e devastações, o século XX procurou, de forma diplomática, inaugurar uma sociedade unida, em que os conflitos seriam resolvidos por meio de diálogo e negociações. Nesse contexto, foi criada a Sociedade das Nações, posteriormente substituída pela Organização das Nações Unidas (ONU).

Nesse aspecto, é assinada, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, prescrevendo o direito e a garantia à liberdade de expressão em seu artigo 19<sup>6</sup>, e do qual o Brasil é signatário.

Diante da necessidade de se instalar um sistema de proteção dos direitos contidos na Declaração Universal de Direitos Humanos, conclui-se, em 1966, a redação

---

2 “Num sermão proferido em Londres em 4 de novembro de 1789, Richard Price, amigo de Benjamin Franklin e crítico frequente do governo inglês, tornou-se lírico a respeito dos novos direitos do homem. “Vivi para ver os direitos dos homens mais bem compreendidos do que nunca, e nações ansiando por liberdade que pareciam ter perdido a ideia do que isso fosse” Indignado com o entusiasmo ingênuo de Price pelas “abstrações metafísicas” dos franceses, o famoso ensaísta Edmund Burke, membro do Parlamento britânico, rabiscou uma resposta furiosa. O seu panfleto, Reflexões sobre a revolução em França (1790), foi logo reconhecido como o texto fundador do conservadorismo. “Não somos os convertidos por Rousseau”, trovejou Burke. “Sabemos que não fizemos nenhuma descoberta, e pensamos que nenhuma descoberta deve ser feita, no tocante à moralidade. [...] Não fomos estripados e amarrados para que pudéssemos ser preenchidos como pássaros empalhados num museu, com farelos, trapos e pedaços miseráveis de papel borrado sobre os direitos do homem”. HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos: uma história**. 1ª ed. São Paulo: Companhia das letras, 2009, p. 9.

3 Ibid, p. 8.

4 Art. XI. A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei.

5 “Apesar de a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão inaugurar a ciência dos direitos humanos, o século XIX foi marcado por violações graves desses direitos, revoluções e estados autoritários”. HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos: uma história**. 1ª ed. São Paulo: Companhia das letras, 2009, p. 9.

6 Art. XIX. Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

final do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP), que trouxe disposições mais específicas sobre a efetiva proteção dos direitos humanos. O PIDCP surge como um instrumento vinculante aos Estados Parte, e representou um importante avanço na concretização dos direitos humanos. Nele, a liberdade de expressão é defendida por meio dos artigos 19<sup>7</sup> e 20<sup>8</sup>.

O parágrafo 3<sup>o</sup> é regulamentado pelo artigo 20 do Pacto, que traz as especificações em que a liberdade de expressão pode ser restringida. Esse instrumento prevê situações concretas em que seja possível restringir o direito à liberdade de expressão, tais como qualquer propaganda em favor da guerra, qualquer apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, hostilidade ou violência.

Um ano antes da assinatura do PIDCP, ainda no seio das Organização das Nações Unidas, foi assinada a Convenção para Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (CERD), de 1965<sup>9</sup>. De acordo com Piovesan, a criação desse instrumento foi impulsionada pelo ingresso de dezessete novos países africanos da ONU, em 1960, pela realização da Primeira Conferência de Cúpula dos Países Não-Aliados em Belgrado, em 1961, e pelo ressurgimento de atividades nazifascistas na Europa.<sup>10</sup>

No instrumento, o art. 4<sup>o</sup> traz disposições para condenar toda propaganda e organizações que se inspirem em ideias de superioridade de raça ou qualquer superioridade

---

7 Art. 19: 1. ninguém poderá ser molestado por suas opiniões. 2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha. 3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Conseqüentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para: a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral pública.

8 Art. 20: 1. Será proibida por lei qualquer propaganda em favor da guerra. 2. Será proibida por lei qualquer apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou a violência.

9 Art. 4. Os Estados Membros condenam toda propaganda e todas as organizações que se inspirem em idéias ou teorias baseadas na superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de uma certa cor ou de uma certa origem étnica ou que pretendam justificar ou encorajar qualquer forma de ódio e de discriminação raciais, e comprometem-se a adotar imediatamente medidas positivas destinadas a eliminar qualquer incitação a uma tal discriminação, ou quaisquer atos de discriminação com este objetivo, tendo em vista os princípios formulados na Declaração Universal dos Direitos do Homem e os direitos expressamente enunciados no artigo V da presente Convenção, inter alia: VIII) Direito à liberdade de opinião e de expressão.

10 PIOVESAN, Flávia; GUIMARÃES, Luís Carlos Rocha. “Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial” in **Direitos Humanos: construção da liberdade e da igualdade**. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998.

ridade de origem étnica específica, comprometendo os estados a adotarem medidas para combater tais discriminações, resguardando, na parte final do artigo, o direito à liberdade de expressão.

O CERD representou um avanço histórico para o Direito Internacional, em que se procurou restringir e limitar o direito à liberdade de expressão com vistas à proteção de minorias. Suas disposições compõem o chamado sistema especial de proteção dos direitos humanos da ONU, em que se buscou consolidar, ainda que gradativamente, um suporte àqueles que merecem proteção especial<sup>11</sup>.

Ainda no seio da ONU, foi adotada a Convenção para a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio, concluída em 1948, e entrou em vigor no Brasil em 1951<sup>12</sup>. O artigo 3º, c), da Convenção tipifica como crime de genocídio a incitação direta e pública de cometer genocídio<sup>13</sup>. Nesses termos, a Convenção representa uma limitação à liberdade de expressão, quando confrontada com a incitação pública de cometer genocídio, objeto de prevenção do instrumento estudado.

## 1.2 Instrumentos internacionais regionais sobre liberdade de expressão

Quanto à Organização dos Estados Americanos, o direito à liberdade de expressão é trazido por dois documentos: a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, de 1948, e a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica.

A Declaração Americana de Direitos Humanos perpassa o tema de forma geral, defendendo o direito à liberdade de expressão no art. 4º<sup>14</sup>. Por outro lado, a Convenção Americana de Direitos Humanos já aborda o tema de forma mais aprofundada, em seu artigo 13<sup>15</sup>. A ideia contida no artigo é a de que o livre pensamento e opinião são

---

11 Ibid. p. 1.

12 BRASIL. Decreto nº 30.822, de 06 de maio de 1952. Promulga a convenção para a prevenção e a repressão do crime de Genocídio, concluída em Paris, a 11 de dezembro de 1948, por ocasião da III Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas. Brasília: DF, Presidência da República, 1952. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Atos/decretos/1952/D30822.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1952/D30822.html). Acesso em 10 out. 2020.

13 ARTIGO III. Serão punidos os seguintes atos: a) o genocídio; b) a associação de pessoas para cometer o genocídio; c) a incitação direta e pública a cometer o genocídio; d) a tentativa de genocídio; e) a co-autoria no genocídio.

14 Artigo IV. Toda pessoa tem direito à liberdade de investigação, de opinião e de expressão e difusão do pensamento, por qualquer meio.

15 Artigo 13. Liberdade de Pensamento e de Expressão: 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha. O exercício do direito previsto

defendidos, no entanto, poderá estar sujeito a sofrer censura ou penalidades ao ser exteriorizado.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos interpretou o art. 13 da Convenção indicando que ela comporta duas dimensões complementares: a dimensão individual e a dimensão social. A primeira garante aos indivíduos a possibilidade de se utilizar de qualquer meio para divulgar suas opiniões, enquanto a segunda dimensão diz respeito ao direito dos recebedores da mensagem de recebe-la<sup>16</sup>.

No seio da União Europeia, a Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1960, é um importante instrumento regional que garante o direito à liberdade de ex-

---

no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei a ser necessária para assegurar: a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral pública. 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões. 4. A lei pode submeter os espetáculos públicos à censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2º. 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

- 16 PAMPLONA, Danielle Anne. O conteúdo do direito à liberdade de expressão, o discurso de ódio e a resposta democrática. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 1, p. 297–316, 2018. it establishes the genesis of the protection of freedom of expression and assesses how the universal and the inter-American and European regional instruments contemplate it, clarifying its content and the restrictions that are imposed on its exercise. The research was carried out on doctrine and on the mentioned international instruments. The analysis led to the conclusion that the Inter-American system is the most protective of freedom of expression, while at the same time being more modest in relation to the restrictions it imposes on the exercise of freedom of expression. Even so, there is a mechanism in the inter-American system that allows adequate protection against abuses that may be practiced in the name of freedom of expression and that justifies the adoption of restrictions such as hate speech., Este texto advoga que a análise dos instrumentos internacionais que regem o direito à liberdade de expressão e suas restrições afastam as melhores defesas do banimento à restrição imposta ao discurso de ódio. Para isso, estabelece a gênese da proteção à liberdade de expressão e avalia como os instrumentos internacionais universais e regionais interamericano e europeu a contemplam, esclarecendo seu conteúdo e as restrições que são impostas ao seu exercício. A pesquisa foi feita essencialmente em doutrina e nos instrumentos internacionais mencionados. A análise levou à conclusão de que o sistema interamericano é o mais protetivo da liberdade de expressão, ao mesmo tempo em que é mais modesto em relação às restrições que impõe ao exercício da liberdade de expressão. Ainda assim, há, no sistema interamericano, mecanismo que permite proteção adequada em face de abusos que possam ser praticados em nome da liberdade de expressão e que justifica a adoção de restrições como a do discurso de ódio., "container-title": "Revista Brasileira de Direito", "DOI": "10.18256/2238-0604.2018.v14i1.1788", "ISSN": "2238-0604", "issue": "1", "language": "por", "page": "297–316", "source": "rnp-primo.com", "title": "O conteúdo do direito à liberdade de expressão, o discurso de ódio e a resposta democrática", "volume": "14", "author": [{"family": "Pamplona", "given": "Danielle Anne"}], "issued": {"date-parts": [{"2018}]}}, "schema": "https://github.com/citation-style-language/schema/raw/master/csl-citation.json"}</p></div>
<div data-bbox="111 942 152 962" data-label="Page-Footer">100</div>
<div data-bbox="641 942 860 959" data-label="Page-Footer">FERNANDA ALVES DE CARVALHO</div>

pressão em seu art. 10<sup>17</sup>, trazendo expressamente a possibilidade de ser restringido em casos de que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, integridade territorial ou segurança pública, defesa da ordem e prevenção do crime, proteção da saúde ou da moral, proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.

Após essa breve análise, é possível perceber a possibilidade de limitação à liberdade de expressão pela legislação internacional. No capítulo seguinte, será analisado se o Brasil se valeu de algum desses instrumentos, ou de qualquer outro instrumento internacional para solução dos litígios internos em matéria de liberdade de expressão em propaganda eleitoral.

## **2. METODOLOGIA ADOTADA PARA PESQUISA NO SÍTIO ELETRÔNICO DO TSE**

Optou-se pelo emprego do método de pesquisa empírica para encontrar os julgados que tratassem sobre liberdade de expressão nas propagandas eleitorais e, adicionalmente, que contivessem em suas fundamentações alguma norma internacional. A metodologia adotada procurou, de acordo com aquilo disponibilizado pelas ementas, encontrar, de maneira mais objetiva possível, quais acórdãos citaram algum tratado internacional.

A pesquisa empírica foi realizada no sítio eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral pelo portal de buscas de jurisprudência com base em palavras chaves (<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisooes/jurisprudencia>).

O objetivo foi visualizar a aplicação de tratados internacionais em julgados relacionados à liberdade de expressão nas propagandas eleitorais. Os resultados foram alcançados após as seguintes etapas: *i*) a primeira, com vistas a encontrar o universo total de julgados sobre liberdade de expressão nas propagandas eleitorais, e *ii*) a

---

17 Artigo 10. Liberdade de expressão: (1) Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia. (2) O exercício desta liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.

segunda, com o objetivo de encontrar os julgados sobre liberdade de expressão nas propagandas eleitorais contendo, adicionalmente, citações de tratados internacionais.

A primeira busca no TSE utilizou os termos “liberdade de expressão” e “propaganda eleitoral”, encontrando 172 resultados. A segunda busca testou as três variáveis possíveis com os termos de busca no plural, combinando “liberdades de expressão” e “propagandas eleitorais” (1 resultado), “liberdades de expressão” e “propaganda eleitoral” (9 resultados), e “liberdade de expressão” e “propagandas eleitorais” (3 resultados). Dos resultados encontrados pela combinação de plurais, que totalizaram 13, apenas 4 não estavam contidos no resultado da primeira busca (172 resultados). Dessa forma, pode-se dizer que a soma total de acórdãos nessa matéria é de 176.

A segunda busca procurou encontrar os julgados em que o magistrado fez uso de algum tratado internacional. Para tal, as seguintes combinações de palavras chave foram realizadas: “liberdade de expressão” e “tratado”, encontrando 3 resultados; “liberdade de expressão” e “internacional”, encontrando apenas 1 resultado; “propaganda eleitoral” e “tratado”, encontrando 17 resultados e, por fim, “propaganda eleitoral” e “internacional”, encontrando 11 resultados. Após a análise de cada um desses 31 resultados, apenas 2 julgados correspondiam ao objeto da presente pesquisa, excluindo a repetição de acórdãos<sup>18</sup>. Quanto aos plurais, tanto as combinações “liberdade de expressão” e “tratados”; e “liberdade de expressão” e “internacionais”, encontraram zero resultados. Por fim, tanto as combinações “propaganda eleitoral” e “internacionais” como “propaganda eleitoral” e “tratados” encontraram apenas um resultado, que não tinha relação com o objeto pesquisado.

Destaca-se que os resultados da busca com os termos “liberdade de expressão” e “internacional” foram exatamente os mesmos de “liberdade de expressão” e “propaganda eleitoral” e internacional, motivo pelo qual não foi adicionado no quadro comparativo abaixo.

Importa ressaltar que a pesquisa foi baseada nos resultados encontrados nas ementas disponíveis no sítio eletrônico do TSE. No entanto, caso haja alguma decisão que fez uso de algum tratado internacional no corpo do acórdão, não especificando na ementa, tais resultados não foram contabilizados. Assim, resguarda-se a possibilidade de haver algum resultado, tanto correspondente à pesquisa *i*), quanto correspondente à pesquisa *ii*), que não foi identificado.

---

18 Optou-se por não incluir como palavra-chave o termo “convenção”, por trazer um resultado demasiadamente grande que não correspondem à “convenção internacional”, mas sim à “convenção partidária”. Portanto, esse termo foi excluído da base de pesquisa. Entendeu-se que o termo “internacional” já traria os resultados que acompanhassem o termo “convenção” relativos ao objeto pesquisado.

Tabela 1: Universo total de resultados no TSE em matéria de liberdade de expressão em propagandas eleitorais

<b>Termos de busca</b>	<b>Resultados</b>
“liberdade de expressão” e “propaganda eleitoral”	172
“liberdades de expressão” e “propaganda eleitoral”	9
“liberdade de expressão” e “propagandas eleitorais”	3
“liberdades de expressão” e “propagandas eleitorais”	1
Total de resultados encontrados não repetidos	176

\* Resultados encontrados com base nas ementas disponíveis no portal de pesquisa jurisprudencial do Tribunal Superior Eleitoral.

Tabela 2: Resultados encontrados no TSE em matéria de liberdade de expressão em propagandas eleitorais que citaram algum instrumento jurídico internacional

<b>Termos de busca</b>	<b>Resultados relevantes</b>	<b>Resultados totais</b>
“liberdade de expressão” e “tratado”	2	3
“liberdade de expressão” e “internacional”	1	1
“propaganda eleitora” e “tratado”	2	17
“propaganda eleitora” e “internacional”	2	11
Total de resultados relevantes encontrados não repetidos	2	

\* Resultados encontrados com base nas ementas disponíveis no portal de pesquisa jurisprudencial do Tribunal Superior Eleitoral.

A pesquisa restringiu o seu estudo aos resultados da segunda tabela, em que utilizou os termos “liberdade de expressão”, “propaganda eleitoral” e “internacional” ou “tratado”, por corresponder ao objetivo da pesquisa. Serão analisados, no capítulo seguinte, a forma de utilização da legislação internacional e a sua relevância na fundamentação das decisões.

Considerando que foram encontrados dois resultados relevantes que se adequam ao objeto pesquisado, cuidou-se de voltar à análise do primeiro quadro e procurar, especificamente, quais daqueles tiveram os dois Ministros como relatores, com o objetivo de encontrar julgados que possuem o objeto pesquisado, mas que não apareceram na segunda pesquisa. Dessa forma, encontrou-se, primeiramente, com a combinação de “propaganda eleitoral”, “liberdade de expressão” e “Ministro relator

Luiz Fux” 26 resultados. Desses, nenhum fez uso de tratado internacional, seja na ementa, seja alguma legislação internacional indicada. Fez-se a mesma pesquisa com “propaganda eleitoral”, “liberdade de expressão” e “Ministro relator Admar Gonzaga”, encontrando um total de dez resultados, que também não corresponderam ao objeto do estudo.

### **3. ANÁLISE DOS JULGADOS ENCONTRADOS**

Conforme exposto na seção anterior, do universo inicial da pesquisa, apenas foram identificados dois acórdãos que contemplaram diplomas internacionais em suas decisões. Nesse ínterim, passa-se a análise da incorporação dos diplomas internacionais pelos Ministros do Tribunal Superior Eleitoral na Representação nº 060114373 e no Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 924.

#### **3.1. Resultado 1: Representação nº 060114373**

A Representação n. 06011473 teve como relator o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, com acórdão publicado no diário eletrônico de justiça aos 21 de agosto de 2018. Trata-se de uma Representação interposta pelo Ministério Público Eleitoral do Rio de Janeiro contra Jair Messias Bolsonaro e a Google Brasil Internet Ltda., após o então deputado federal Jair Bolsonaro antecipar o anúncio de candidatura para o cargo de Presidente da República por meio da internet.

Em suas menções virtuais, o candidato se apresenta como solução para o Brasil, usando os termos *“2018 está muito longe, vamos para a rua a partir de agora, precisamos de homens que fazem da política uma missão e O Brasil precisa, está precisando agora, não é de Sargento nem de Coronel, está precisando é de um Capitão! Por coincidência eu sou Capitão, só coincidência”*.

O Ministro relator Napoleão Nunes proferiu o seu voto em consonância com a jurisprudência da Corte Eleitoral, que fixou o entendimento que a mera menção da pretensa candidatura e a exaltação de qualidades pessoais dos pré-candidatos não configura propaganda eleitoral extemporânea, estando abarcada pela redação do art. 36-A da Lei 13.165/2015.

O voto bastante breve do Ministro Napoleão sobre o tema de liberdade de expressão e propaganda eleitoral ensejou o pedido de vista pelo Ministro Admar Gonzaga. Nesse sentido, a leitura do voto-vista permitiu encontrar o objeto da presente pesquisa: tratados internacionais.

Ao longo da fundamentação do voto, o Ministro Admar Gonzaga teceu uma argumentação em defesa da liberdade de expressão, concluindo por acompanhar o voto do relator. Para tal, o Ministro citou de forma expressa, inclusive transcrevendo no corpo do texto, os artigos que garantem o direito à Liberdade de Expressão na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (art. 11), na Declaração Universal de Direitos Humanos (art. 19) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 13). Nota-se que não foram meras referências aos documentos internacionais, mas os artigos foram incluídos integralmente no corpo da decisão.

Ao tratar das possíveis restrições ao direito de liberdade de expressão, o Ministro elencou as várias legislações em matéria eleitoral que regulamentam a propaganda eleitoral, e argumentou em favor da não interferência do Tribunal, quando não expressamente regulamentado pelas citadas leis. Isto é, há o reconhecimento das limitações e restrições ao direito da liberdade de expressão, no entanto, apenas quando previstas por nosso ordenamento interno.

No âmbito internacional, os instrumentos citados foram trazidos para fortalecer a tese de que não houve violação à regra temporal da propaganda eleitoral. O Ministro negou o pedido feito pelo Ministério Público Eleitoral, e advogou pela maior liberdade de promoção de falas e ideias.

Foram, inclusive, citados trechos do voto do Ministro Celso de Mello no AgR-AI 675.276/RJ<sup>19</sup>, que trata de liberdade de informação em matéria jornalística. Voto esse que apresenta jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos e do Tribunal Constitucional Espanhol, para dialogar com essas Cortes e aprofundar a qualidade do seu voto.

Com apenas um voto-vista, os Ministros Luiz Fux, Jorge Mussi, Admar Gonzaga e Tarcísio Vieira de Carvalho Neto acompanharam o voto do relator Napoleão Nunes Maia Filho, vencidos os Ministros Gilmar Mendes e Rosa Weber. O acórdão consolidou a jurisprudência objetiva de que, para que se configure propaganda eleitoral, deve haver o pedido implícito ou explícito de voto – o que não ocorreu no caso.

---

19 Cumpre esclarecer que, pelo fato de a matéria ser estranha ao objeto procurado na presente pesquisa, qual seja, liberdade de expressão e propaganda eleitoral, o citado acórdão não compôs o universo de acórdãos estudados e analisados.

### 3.2. Resultado 2: Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 924

O Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 924 foi publicado no Diário de Justiça Eletrônico aos 22 de agosto de 2018, tendo como relator o Ministro Tarcísio Vieira De Carvalho Neto. Nele, é debatido se a utilização dos seguintes instrumentos de publicidade ensejaria em propaganda eleitoral antecipada: placas de plástico rígidas medindo 55x55cm contendo o nome e fotos de dois candidatos; a página *Facebook* de ambos; os termos “Pré-Candidato a Vereador”; a sigla do partido e, por fim, os escritos “Essa família apoia”, revela conteúdo de propaganda eleitoral antecipada.

O Tribunal *a quo* entendeu que, apesar de não constarem os termos explícitos de pedido de voto, caso sejam identificados elementos que traduzam o pedido explícito de votos, é possível ser caracterizada a propaganda eleitoral antecipada. O Tribunal do Estado de São Paulo se apoiou no julgamento do AgR-AI n. 29-47/MG, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que trouxe uma análise pormenorizada do assunto. Apesar da inovadora Lei n. 13.165/2015 permitir a divulgação da pré-candidatura nos moldes fixados pelo art. 36-A<sup>20</sup>, o Tribunal Regional entendeu que não se tratou de mera menção de intenção de candidatura, mas de artefatos que extrapolam os limites impostos pela legislação eleitoral.

O Tribunal Regional sustentou que o conteúdo da placa, somado às características do artefato, evidenciam que os instrumentos de publicidade revelam verdadeira propaganda eleitoral. Além disso, a distribuição ostensiva em residências e estabelecimentos comerciais poderia desequilibrar a campanha eleitoral. Por esses fundamentos, a distribuição da citada placa foi considerada, pelo Tribunal Regional Eleitoral do Estado de São Paulo como propaganda eleitoral antecipada, aplicando uma multa de quinze mil reais para cada um dos representados.

---

20 Art. 36-A. Não configuram propaganda eleitoral antecipada, desde que não envolvam pedido explícito de voto, a menção à pretensa candidatura, a exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos e os seguintes atos, que poderão ter cobertura dos meios de comunicação social, inclusive via internet: III - a realização de prévias partidárias e a respectiva distribuição de material informativo, a divulgação dos nomes dos filiados que participarão da disputa e a realização de debates entre os pré-candidatos; V - a divulgação de posicionamento pessoal sobre questões políticas, inclusive nas redes sociais; VI - a realização, a expensas de partido político, de reuniões de iniciativa da sociedade civil, de veículo ou meio de comunicação ou do próprio partido, em qualquer localidade, para divulgar ideias, objetivos e propostas partidárias.

§ 1º É vedada a transmissão ao vivo por emissoras de rádio e de televisão das prévias partidárias, sem prejuízo da cobertura dos meios de comunicação social.

§ 2º Nas hipóteses dos incisos I a VI do **caput**, são permitidos o pedido de apoio político e a divulgação da pré-candidatura, das ações políticas desenvolvidas e das que se pretende desenvolver.

§ 3º O disposto no § 2º não se aplica aos profissionais de comunicação social no exercício da profissão.

Irresignados, os candidatos protocolaram Agravo de Instrumento contra a decisão do TRE/SP, sendo o Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho Neto o relator. A decisão monocrática proferida pelo Ministro acolheu o pedido e considerou, à luz dos novos parâmetros da Lei 13.520 de 2015, ser irrazoável atribuir como propaganda eleitoral antecipada a mera veiculação de mensagens com menção à possível candidatura.

Apoiou-se na doutrina de Aline Osório<sup>21</sup>, que defende uma análise a partir da utilização de alguma “palavra mágica”, tal como “vote em”, “vote contra”, “apoie”, “derrote”, “eleja”, ou outras expressões congêneres. Nesses termos, o Ministro decidiu, com base no art. 36-A da Lei. n. 9.504/95, pela irrazoabilidade da multa.

Contra essa decisão, a Promotoria Eleitoral do Estado de São Paulo interpôs Agravo Regimental, o que deu origem ao acórdão objeto da presente pesquisa. O relator, Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, elaborou seu voto trazendo as recentes jurisprudências da Corte Eleitoral, demonstrando o entendimento do Tribunal Regional do Estado de São Paulo foi superado pelas recentes jurisprudências do TSE.

O Ministro citou expressamente o recente voto do Min. Herman Benjamin, Rp n. 294-87/DF, publicado no DJe aos 9.3.2017, que diz *“com a regra permissiva do art. 36-A da Lei n. 9.504, de 1997, na redação dada pela Lei n. 13.165, de 2005, retirou-se do âmbito de caracterização de propaganda antecipada a menção à pretensa candidatura, a exaltação das qualidades pessoais de pré-candidatos e outros atos, que poderão ter cobertura dos meios de comunicação social, inclusive via internet, desde que não haja pedido expresso de voto”*.

O Ministro negou provimento ao agravo regimental pelos fundamentos acima, acrescentando que não houve, em momento algum, pedido explícito de voto, sendo descabido que a mera menção de apoio pelos escritos “Essa família apoia” seja interpretada como um pedido explícito de voto.

A breve argumentação que, subtraindo as partes que anexam a citada decisão, somou não mais do que três laudas, ensejou pelos demais membros da Turma uma longa discussão acerca do tema de liberdade de expressão em propaganda eleitoral.

Inicialmente, o Ministro Edson Fachin foi contrário ao voto do relator, acompanhado pela Ministra Rosa Weber, pela interpretação de que houve, de fato, propaganda eleitoral antecipada, devendo ser mantida a multa de quinze mil reais por candidato. Na sequência, o Ministro Luiz Fux pediu vista, elaborando sete laudas de argumentação para defender a liberdade de expressão e o descabimento da multa. Nessa fase, no entanto, o Ministro não apresentou dogmática e legislação internacional.

---

21 OSORIO, Aline. **Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 193-203.

Na sequência, o Ministro Admar Gonzaga pediu vista, trazendo uma argumentação robusta acerca da manutenção da multa, com elementos doutrinários nacionais. O Ministro buscou analisar o teor e demais elementos extrínsecos da mensagem; o meio em que foi realizada a suposta propaganda; a reiteração da conduta, o período de veiculação, a dimensão, o custo, a exploração comercial, o impacto social e a abrangência quanto ao fato apurado; e, por fim, a condição do autor do fato. Os Ministros Edson Fachin e Rosa Weber acompanharam seu voto, divergindo do relator.

Novamente, o Ministro Luiz Fux, na qualidade de Presidente da sessão, pediu vista dos autos e, somente nesse momento, expôs uma robusta argumentação sobre a liberdade de expressão e propaganda eleitoral no cenário do direito internacional, com vistas a convencer o plenário acerca do tema – abordagem que preencheu os requisitos para análise proposta nesta pesquisa.

O voto-vista do Ministro Luiz Fux demonstrou um rico conhecimento em matéria de Direito Internacional, trazendo abordagens comparativas de outros tribunais internacionais, tal como a Corte Europeia de Direitos Humanos. O Ministro esclareceu que elaborou o pedido de vista para examinar, com maior parcimônia, os critérios aventados pelo Min. Admar Gonzaga Neto, a fim de assegurar que a discussão sobre propaganda eleitoral respeitasse o ordenamento normativo e o modelo constitucional vigente - propiciando uma necessária uniformização da jurisprudência acerca do tema.

A questão da propaganda eleitoral, de acordo com o Presidente da sessão, pode ser vista a partir de duas garantias constitucionais aparentemente antagônicas: a liberdade de expressão; e o direito à informação e à igualdade de oportunidades entre os candidatos. Com o objetivo de qualificar o debate, o Ministro trouxe considerações sobre o direito e a jurisprudência internacionais, tratando dessas duas garantias constitucionais de maneira aprofundada.

Esclareceu que, em contextos eleitorais, a mínima intervenção do Judiciário nas manifestações próprias da vida democrática é fundamental para o bom desempenho da democracia. Em sua fundamentação, resgatou a sentença do Tribunal Europeu de Direitos Humanos *Bowman vs. Reino Unido*, em que a Suprema Corte dos Estados Unidos considerou que aplicações e punições em virtude de atos publicitários que, pela dimensão, não alteram o equilíbrio entre as oportunidades dos candidatos, configura uma interpretação excessivamente rígida das normas de propaganda eleitoral e, assim, uma violação à liberdade de expressão. O Tribunal estabelece que restrições excessivas ou injustificadas sobre o discurso ensejam uma democracia de baixa qualidade, enquanto o contrário, ou seja, maior nível de liberdade expressão, enseja em eleições mais livres, melhorando a qualidade daquela democracia.

Trouxe, ademais, o caso *Ricardo Canese vs. Paraguai*, julgado em 2004 pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, o caso *Ligens vs. Áustria*, *Mathieu-Mohin e Clerfayt vs. Bélgica* e o *Partido Comunista Unido da Turquia vs. Turquia*, todos do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, julgados respectivamente em 1986, 1987 e 1998, como exemplos de decisões internacionais a favor da livre circulação ideias como um postulado basilar para o exercício da democracia.

Adiante, o Ministro Luiz Fux inseriu, em sua fundamentação, a Opinião Consultiva (OC) da Corte Americana de Direitos Humanos n. 5/1985. Apesar de não mencionar em seu voto, e abordar com a mesma importância dos casos citados do tribunal europeu, as Opiniões Consultivas emitidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos vinculam os países que estão sob sua jurisdição, dos quais o Brasil, conforme o parágrafo 31 da Opinião Consultiva n. 21/14, que preceitua essa obrigatoria observância.

Nesse espectro, a Opinião Consultiva trazida pelo Presidente da sessão pode ser considerada como parte do ordenamento jurídico brasileiro. A OC n. 5/85 preceitua que a liberdade de expressão deve ser amplamente protegida não apenas em seu caráter individual, mas também sua dimensão coletiva. Para um adequado funcionamento do regime democrático de governo, a liberdade de expressão assume uma centralidade, de modo a abrir vias para um forte debate público e maiores participações na cidadania.

Com tais exemplos de direito internacional, o Ministro procurou demonstrar que as Cortes Eleitorais devem assegurar a máxima amplitude do debate, intervindo apenas em hipóteses excepcionais. Tais exceções deveriam ser apenas quando as comunicações representam riscos concretos para a formação da opinião eleitoral e para a integridade da disputa.

Diversos trechos de doutrinas internacionais foram também inseridos, tais como Robert Alexy<sup>22</sup> e Gregorio Badeni<sup>23</sup>. O primeiro autor traz a inexistência de um “estado global de liberdade”, em função das inúmeras características presentes na organização estatal e na sociedade. Na mesma esteira, o segundo autor traz a inexistência de direitos absolutos, afirmando que a vida em sociedade seria impossível se alguma liberdade fosse absoluta.

Quanto a essas limitações, o Ministro resgatou o art. 13, item 2, a, do Pacto de São José da Costa Rica, assim como o art. 10 da Convenção Europeia de Direitos

22 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 379.

23 BADENI, Gregorio. **Tratado de libertad de prensa**. Buenos Aires: Lexis Nevis, 2002, p. 21.

Humanos. Quanto a tal abordagem, novamente, destaca-se o uso de dois diplomas internacionais com a mesma qualificação no texto jurídico, sem a devida ressalva e importância ao ordenamento jurídico brasileiro do primeiro citado. Apesar disso, destaca-se a pertinência e importância de citar, no acórdão, o Pacto de São José da Costa Rica, por ter efeito vinculante no Brasil.

Ao analisar as oportunidades entre os candidatos nas disputas eleitorais, é possível encontrar no Voto-Vista diversas referências de diplomas internacionais na defesa desse princípio. O Ministro citou as Constituições de Portugal e da Espanha, a título ilustrativo, e resgatou importantes documentos internacionais, tais como o art. 21, para 2 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o art. 25 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o art. 23, “c”, da Carta Democrática Interamericana.

Quanto a esses documentos internacionais, destaca-se, conforme observado, que, apesar de não explicitamente trazido na fundamentação, o Brasil está formalmente vinculado ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, sendo obrigatória a observância aos seus dispositivos. Na mesma seara, a Declaração Universal de Direitos Humanos, apesar de não ter caráter vinculante, tem força costumeira, sendo esperado dos países signatários a sua fiel observância. Por fim, a mesma interpretação é dada à Carta Democrática Interamericana, que não tem força de tratado, mas sua relevância enquanto *soft law* deve ser resgatada.

Para além das obras já citadas, cuidou o Ministro de inserir, em seu Voto-Vista, doutrina estrangeira espanhola, citando Óscar Pérez de la Fuente<sup>24</sup> e Óscar Sánchez Muñoz<sup>25</sup>, para afirmar a ideia de que, em observâncias às regras do jogo democrático, os eleitores deveriam ter elementos de juízo suficientes para tomar a decisão decorrente de uma opinião pública livre. O objetivo das campanhas políticas deve ser, afinal, a possibilidade de visibilidade entre as opções eleitorais disponíveis, a fim de que a decisão do eleitor possa ser tomada baseada em elementos concretos e aptos a formar o seu convencimento.

Após a rica explanação do Ministro Presidente da sessão, trazendo uma discussão entre, de um lado, a proteção à liberdade de expressão e, de outro, a proteção à igualdade de competição, trouxe mais elementos de doutrina internacional, citando Konrad Hesse<sup>26</sup> e a interpretação hermenêutica das cláusulas constitucionais pelo juiz

24 PEREZ DE LA FUENTE, Óscar. Libertad de expresión y discurso político. **Propaganda negativa y neutralidade de los médios em campañas electorales**. Valencia: Tirant lo Branch, 2014, p.19

25 SÁNCHEZ MUÑOS, Óscar. **La igualdad de oportunidades em las competiciones electorales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 243 e p. 72.

26 HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

constitucionalista germânico. De acordo com esse, as normas da Constituição devem ser interpretadas de tal modo a conferi-las uma força de efeito ótima, potencializando as soluções dos problemas jurídicos. O Ministro defende que, ao analisar o caso em comento, é preciso interpretar o axioma constitucional de Hesse de forma que, não havendo uma norma que expressamente vede a conduta do candidato, deve-se prestigiar a solução que potencialize e valorize a liberdade de expressão.

Com o objetivo de rechaçar a fundamentação do Ministro Admar Gonzaga da existência de elementos extrínsecos que insinuam o pedido de votos, o Ministro Luiz Fux retoma o paradigmático caso *Buckley vs. Valeo*, em que a Suprema Corte dos Estados faz a diferenciação expressa entre propaganda eleitoral (*express advocacy*) e propagação de ideias políticas (*issue advocacy*). Essas duas ideias se diferenciam pelo uso das “palavras mágicas” (*magic words*).

Adiante, Leyre Burguera Ameave<sup>27</sup> também foi citado pelo Ministro, para demonstrar que é dever do sistema jurídico garantir aos competidores igualdades de condições e garantias suficientes para o exercício da liberdade de comunicação política. Citou, por fim, encerrando a explanação doutrinária internacional, Jorge Amaya<sup>28</sup>.

Após a longa dissertação de trinta laudas, o Ministro concluiu, com o objetivo de diminuir a insegurança jurídica acerca do tema, propondo a fixação da tese que o uso de elementos próprios de propaganda eleitoral, desacompanhados do pedido explícito de voto, não enseja a irregularidade do ato. Em síntese, o Ministro lança mão da argumentação de que “tudo o que não está proibido, está permitido”. Dessa forma, buscou-se criar um respeito aos arranjos constitucionais e um ambiente cujas garantias constitucionais sejam potencializadas, traçando um equilíbrio entre a liberdade de expressão e o direito à igualdade de competitividade.

O Ministro Luiz Fux acompanhou o Ministro relator Tarcício Vieira de Carvalho Neto, compondo a maioria ao lado do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Ministro Luís Roberto Barroso e Ministro Jorge Mussi. Vencidos, os Ministros Edson Fachin, Ministra Rosa Weber e Ministro Admar Gonzaga.

Destaca-se que o julgamento do Agravo Regimental em Agravo de Instrumento rendeu quatro longas sessões de julgamento, respectivamente aos 29.8.2017, 22.2.2018, 25.5.2018 e 26.6.2018. O voto que correspondeu ao objeto buscado

---

27 BURGUERA AMEAVE, Leyre. **Democracia electoral: comunicación y poder**. Madrid: Congreso de los Diputados, 2013, p. 63.

28 AMAYA, Jorge. **Los derechos políticos**. Buenos Aires: Astrea, 2015, p.30

nesse estudo foi apresentado na última sessão, dez meses após a primeira sessão de julgamento, e em consequência da divergência constante que tomou forma durante as sessões.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A pesquisa teve como objetivo analisar a incorporação de tratados internacionais pelo Tribunal Superior Eleitoral em matéria de liberdade de expressão e propaganda eleitoral. Nessa seara, seguindo a metodologia de busca por palavras-chave no sítio eletrônico do TSE, foram encontrados um total de 176 acórdãos que tratassem especificamente do tema procurado.

Ao restringir os resultados para abarcar apenas aqueles que continham, em sua fundamentação, alguma norma internacional, a segunda pesquisa retornou em 12 resultados, dos quais, após análise, apenas dois se encaixavam no objeto procurado. Dessa forma, com o objetivo de entender qual o uso que a Corte fez dos diplomas internacionais, passou-se ao estudo de cada um dos dois acórdãos.

Por meio da pesquisa, percebeu-se que, em ambos os acórdãos estudados, os diplomas internacionais não foram utilizados para fundamentar o voto do relator, mas sim um voto-vista. O primeiro caso, mais sucinto, cuidou de citar e transcrever os conteúdos dos artigos 11, 19 e 13 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, Declaração Universal dos Direitos Humanos e Convenção Americana dos Direitos Humanos, respectivamente. Importa destacar que a mera transcrição dos artigos foi feita sem a devida análise e valoração necessária a cada um desses diplomas legais, inclusive pela diferença de força vinculante de cada um deles.

O segundo resultado possibilitou a análise de um voto-vista rico em fundamentação internacional, com diálogos entre cortes, valorações e interações pertinentes, além de se destacar pela extensa doutrina internacional. Quanto a ele, há algumas ponderações importantes a serem feitas. Trata-se de um voto que compôs a quarta sessão de julgado, como segundo voto-vista do mesmo Ministro, e após um voto dissidente, revelando-se um argumento apresentado após longos debates de discussões. Apesar da rica instrução internacional, a distinção quanto às forças vinculantes entre os diplomas legais apresentados não foi observada. Tratados vinculantes foram utilizados na mesma seara argumentativa de diplomas alheios ao ordenamento jurídico brasileiro, tal como constituições de países estrangeiros, o que se lamenta.

Por fim, é oportuno tecer observações sobre os resultados quantitativos encontrados. Conforme explicitado na metodologia, há uma margem de erro, vez que foi considerado apenas o texto disponível na ementa. Apesar disso, os números en-

contrados são de relevância considerável. Em um universo de 176 acórdãos do TSE em matéria de liberdade de expressão em propaganda eleitoral, apenas dois deles apresentaram, ao longo da fundamentação, alguma norma internacional. É, sem dúvidas, um número ínfimo, demonstrando a característica ausência de fundamentação baseada em instrumentos internacionais pelo Tribunal Superior Eleitoral na matéria estudada.

Acredita-se que o ordenamento jurídico internacional tem uma esfera de utilização ainda não explorada, e que poderia qualificar as decisões da nossa Corte Eleitoral. Além dos diplomas serem dotados de força vinculante, o diálogo com Cortes estrangeiras também enriquece as fundamentações e aproxima o Brasil das discussões sobre o tema no cenário internacional.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Representação nº 060114373. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdão, 21 de agosto de 2018. Disponível em < <https://inter03.tse.jus.br/sjur-pesquisa/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=true&docIndex=0&httpSessionName=brsstateSJUT863612519&sectionServer=TSE&grupoTotalizacao=1> > <https://inter03.tse.jus.br/sjur-pesquisa/pesquisa/actionBRSSearchServers.do?tribunal=TSE&livre=&numeroProcesso=060114373>>. Acesso em 30 de outubro de 2020.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 924. Relator: Ministro Tarcísio Vieira De Carvalho Neto. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 22 de agosto de 2018. Disponível em: < <https://inter03.tse.jus.br/sjur-pesquisa/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT1357316283&sectionServer=TSE&docIndexString=0%2C1>>. Acesso em 30 de outubro de 2020.

DEFEIS, E. F. Freedom of Speech and International Norms: A Response to Hate Speech. **Stanford Journal of International Law**, v. 29, n. 1, p. 57–130, 1993 1992.

O'FLAHERTY, M. International Covenant on Civil and Political Rights: interpreting freedom of expression and information standards for the present and the future. In: MCGONAGLE, T.; DONDERS, Y. (Eds.). **The United Nations and Freedom of Expression and Information**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 55–88.

PAMPLONA, D. A. O conteúdo do direito à liberdade de expressão, o discurso de ódio e a resposta democrática. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 1, p. 297-316, abr. 2018. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1788>. Acessado em: 17 maio 2018

PIOVESAN, F.; GUIMARÃES, Luís Carlos Rocha. “Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial” in **Direitos Humanos: construção da liberdade e da igualdade**. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998.

TRINDADE, A. A. C. **O legado da Declaração Universal de 1948 e o futuro da proteção internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Ajuris, v. 25, n. 73, p. 379- 419, 1998.

# BANDIDO BOM É BANDIDO MORTO: O DISCURSO DE ÓDIO CONTRA A POPULAÇÃO CARCERÁRIA

Lucas Augusto Reis Albuquerque<sup>1</sup>

## RESUMO

O propósito do texto é refletir e problematizar sobre os discursos que atacam e inferiorizam a população carcerária. Valendo-se da perspectiva de Jonathan Seglow quanto ao dano direto gerado pelos discursos de ódio, bem como das contribuições da criminologia da Reação Social quanto ao desvio e o desviante, o presente artigo buscará respostas para as seguintes perguntas: A população carcerária pode ser compreendida como um grupo alvo dos discursos de ódio? Caso a população carcerária possa ser alvo dos discursos de ódio, qual seria o dano direto desses discursos nos encarcerados? A partir de contribuições da criminologia, quais seriam os possíveis efeitos desse dano no cidadão em privação de liberdade?

## INTRODUÇÃO

Atualmente muito se discute sobre a liberdade de expressão e os discursos de ódio, vários são os trabalhos acadêmicos que analisam a possibilidade de limitação de referido direito fundamental, exploram os argumentos morais e jurídicos para restringi-lo, bem como problematizam os possíveis danos dos discursos de ódio.

Apesar do vasto material que academia vem produzindo quanto ao tema, pouco se reflete em relação àqueles discursos que atacam e inferiorizam a população carcerária. Não obstante não ser objeto de razoável pesquisa acadêmica, não restam dúvidas de que a população carcerária é um dos principais alvos de discursos ofensivos, degradantes e preconceituosos.

Neste cenário, considerando que cotidianamente a população carcerária é atacada por discursos insultuosos e humilhantes, é de considerável relevância a análise

---

1 Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Advocacia Criminal pela Escola Superior de Advocacia da OABMG. Tutor dos cursos de pós-graduação da Escola Superior de Advocacia – ESA/OABMG. Advogado criminalista.

desses discursos, a possibilidade de classificá-los como “discursos de ódio”, como também, a partir das contribuições da criminologia, a reflexão de quais seriam os danos de tais discursos e seus possíveis efeitos nos indivíduos encarcerados. É o que o presente artigo busca fazer.

Três serão as perguntas centrais do texto: (i) a população carcerária pode ser compreendida como um grupo alvo dos discursos de ódio? (ii) caso possa ser alvo dos discursos de ódio, qual seria o dano direto desses discursos na população carcerária? (iii) a partir de contribuições criminológicas, existiram efeitos desse dano nos encarcerados?

Para responder a essas perguntas, inicialmente o texto abordará o que se compreende como discurso de ódio. Logo após, valendo-se da perspectiva de Jonathan Seglow, será apresentado o dano direto causado pelos discursos de ódio. Em seguida, será exibida a concepção do desvio e do desviante apontada pelo *Labeling Approach*, para, posteriormente, servindo-se dos ensinamentos dessa escola criminológica e de contribuições da psicologia social, problematizar se a população carcerária pode ser compreendida como um grupo social e, sendo possível, se, em alguns casos, os discursos que atacam os encarcerados podem ser classificados como discursos de ódio. Por fim, serão feitas algumas reflexões quanto ao dano direto dos discursos de ódio nos encarcerados, bem como seus prováveis efeitos na construção da nova identidade do recluso.

## 1. BREVES CONSIDERAÇÕES QUANTO AO DISCURSO DE ÓDIO

A liberdade de expressão é um dos princípios mais caros de um Estado Democrático de Direito, sendo que no ordenamento jurídico brasileiro tem valor constitucional<sup>2</sup> e engloba os direitos fundamentais de todos os cidadãos.

Apesar de ser direito de máxima importância, a liberdade de expressão, para muitos, não pode ser compreendida como um direito absoluto, devendo ser limitada pelo Estado quando se está diante de discursos que trazem danos a determinados receptores. Para os que são a favor da limitação da liberdade de expressão, o debate

---

2 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

[...]

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

perpassa por dois pontos: (i) alguns discursos são prejudiciais; (ii) existem fortes argumentos que justificam a intervenção estatal e censura desses discursos.

O objetivo deste tópico é explorar um pouco mais o primeiro dos pontos, ou seja, discutir sobre os discursos que podem ser prejudiciais aos seus receptores. Do importe teórico do tema, é possível dizer que grande parte dos acadêmicos que afirmam que alguns discursos são danosos e defendem a limitação da liberdade de expressão, apontam que tal limitação deve se dar quando se está diante de um discurso de ódio, mas o que seria precisamente um discurso de ódio?

Existe uma imensa produção acadêmica quanto ao assunto e adiante serão apresentadas algumas definições do que se compreenda como discurso de ódio e, a partir dessas definições, buscar-se-á um ponto comum entre elas.

Para o cientista político Alisson Harell, discurso de ódio é aquela manifestação destinada a incitar o ódio ou a promover o genocídio de grupos minoritários<sup>3</sup>. É um discurso destinado a impactar de forma negativa o bem-estar psicológico e físico das minorias, afetando efetivamente a capacidade igual dos indivíduos de desfrutarem dos direitos que lhes são reconhecidos como cidadãos<sup>4</sup>. Já Samantha Ribeiro define o discurso de ódio como um agrupamento de ideias que, ao serem manifestadas, incentivam a discriminação racial, social ou religiosa de determinados grupos<sup>5</sup>.

Por sua vez, para Waldron, discurso de ódio é aquele discurso que objetiva desonrar as bases da reputação de determinados indivíduos, associando características referentes à etnia, raça ou religião a condutas ou atributos que tendem a desqualificar alguém, impedindo que ele seja tratado como membro de uma sociedade organizada<sup>6</sup>. Definição semelhante é dada por Seglow, que aponta como discurso de ódio aquele discurso que ataca (ou pretende atacar) seus alvos por causa de sua raça, etnia, gênero, sexualidade, religião, entre outros, e que transmite sentimentos intensos de repugnância.<sup>7</sup>

Das referidas conceituações nota-se que, apesar de distintas explicações quanto ao que seja discurso de ódio, como muito bem apontado por Júlia Rocha, em regra,

---

3 HARELL, Alisson. The Limits of Tolerance in Diverse Societies: hate speech and political tolerance norms among youth. **Canadian Journal of Political Science**, n. 43, v.2, jun/jul. 2010. p. 410.

4 HARELL, Alisson. The Limits of Tolerance in Diverse Societies: hate speech and political tolerance norms among youth. **Canadian Journal of Political Science**, n. 43, v.2, jun/jul. 2010. p. 411.

5 MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 261.

6 WALDRON, Jeremy. **The harm in hate speech**. Cambridge: Harvard University Press, 2012, p.5.

7 SEGLOW, Jonathan. Hate Speech, **Dignity and Self-Respect**. *Ethical Theory and Moral Practice*, n. 19, 2016, p.1.104.

a acepção de discurso de ódio abrange condutas comunicativas que expressam, positivamente, intensa antipatia a um grupo social, ou a um indivíduo com base em seu pertencimento a determinado grupo, incitando a discriminação a partir de uma característica identitária comum<sup>8</sup>. Assim, compreende-se como discurso de ódio<sup>9</sup> aquela externalização comunicativa que ataca alguém baseado em sua afiliação grupal. Nesse passo, a necessidade de vincular a fala agressiva contra um indivíduo ao seu pertencimento a um grupo parece ser central na definição do que venha a ser discurso de ódio<sup>10</sup>.

Por serem discursos que atacam os indivíduos em razão de pertencerem a determinado grupo, geralmente os discursos de ódio são direcionados às minorias sociais, vez que, são esses os grupos menos privilegiados e mais marginalizados socialmente<sup>11</sup>. Nessa perspectiva, ilustra-se como discurso de ódio a fala de um indivíduo que diz que os homossexuais deveriam ser queimados na fogueira, ou aquele orador que fala que os negros são inferiores aos brancos e por isso deveriam se curvar à vontade desses.

Assim, apresentada uma breve explicação do que venha a ser discurso de ódio (os discursos que são prejudiciais aos seus receptores), a partir de agora passa-se a averiguar um bom argumento que justifica a limitação da liberdade de expressão, ou seja, porque esses discursos devem ser censurados pelo Estado.

## 2. O DANO DO DISCURSO DE ÓDIO NA CONCEPÇÃO DE JONATHAN SEGLOW

No ano de 2016, o teórico Jonathan Seglow publicou interessante artigo científico na revista *Ethical Theory and Moral Practice*, intitulado de “Hate Speech, Dignity and Self-Respect”, em que apresenta um atraente argumento pró censura do discurso de ódio.

- 
- 8 BARCELOS, Júlia Rocha de. Discurso de Ódio, Liberdade de Expressão e (In) Tolerância na Propaganda Política. In: VIANA, Rodolfo Pereira (org). **Direitos Políticos, Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio**. Belo Horizonte. IDDE. 2018, p.100.
  - 9 Quanto ao tema, é preciso destacar que neste trabalho comunga-se da ideia defendida por alguns autores de que o discurso de ódio vai além da fala e incluem escritos, figuras, símbolos e outras formas de expressão não-verbais.
  - 10 CORTES, Pâmela de Rezende. O Discurso de Ódio e os Grupos Ideológicos. (In) Tolerância na Propaganda Política. In: VIANA, Rodolfo Pereira (org). **Direitos Políticos, Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio**. Belo Horizonte. IDDE.2018, p.187.
  - 11 SÁ, Mariana Oliveira de. **O Discurso de Ódio, o Silêncio e a Violência: Lidando com ideias odiosas**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte. 2020, p. 84.

Em referido artigo, o cientista político reflete quais seriam os possíveis danos provocados pelo discurso de ódio e avança na proposta de Jeremy Waldron – de que o discurso de ódio atinge a dignidade humana –, sugerindo que o dano ocasionado pelo discurso de ódio é, principalmente, ao respeito próprio dos indivíduos<sup>12</sup>.

Com seu texto, Seglow pretende apontar um dano direito gerado pelo discurso de ódio, uma vez que, apesar do autor admitir que existam outros argumentos morais que justifiquem a censura do discurso do ódio (como o argumento de que é um discurso intrinsecamente errado, ou o argumento de que o discurso de ódio causa um dano indireto), o argumento do dano direito do *hate speech* coloca em evidência que discursos de ódio prejudicam inquestionavelmente suas vítimas<sup>13</sup>.

Para demonstrar o dano direito do discurso de ódio, se apropriando da concepção de Jeremy Waldron<sup>14</sup> da dignidade como um *status* cívico, qual seja, a de que todos os cidadãos gozam de boa reputação em sua sociedade e devem ser respeitados pelos demais como tal<sup>15</sup>, o autor propõe o deslocamento do *status* cívico da concepção de dignidade – construída por Waldron –, para o respeito próprio<sup>16</sup>. Justifica esse deslocamento uma vez que, apesar da construção da dignidade como um *status* permitir a percepção do impacto gerado pelo discurso de ódio em suas vítimas, outros fatores também influenciam e afetam a dignidade como um *status* e, portanto, o respeito próprio seria mais adequado para demonstrar o dano retilíneo gerado pelos discursos de ódio<sup>17</sup>.

Seglow define o respeito próprio como “uma avaliação normativa de uma pessoa de sua personalidade, direitos, *status*, caráter, situação, conquistas e assim por diante”<sup>18</sup>. Para o autor, o respeito próprio tem enorme importância moral e funciona como lente normativa que estrutura a percepção mais básica do “eu” e dos demais indivíduos<sup>19</sup>. Segundo Seglow, o respeito próprio é extrinsecamente importante como componente de valores como autonomia pessoal, ou relacionamento bem sucedido com os demais indivíduos da sociedade<sup>20</sup>.

---

12 Ibid., p.1.103-1.104.

13 Ibid., p.1.105-1.106.

14 WALDRON, Jeremy. **The harm in hate speech**. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

15 SEGLOW, Jonathan. Hate Speech, **Dignity and Self-Respect**. *Ethical Theory and Moral Practice*, n. 19, 2016, p.1.106 – 1.107.

16 Ibid., p.1.108 – 1.109.

17 Ibid., p.1.108 – 1.109.

18 Ibid., p.1.109. Tradução do autor.

19 Ibid., p.1.109.

20 Ibid., p.1.109.

A partir da leitura do texto de J. Seglow, é possível dizer que o respeito próprio é uma noção inerentemente moralizada e a natureza moral do respeito próprio significa que as razões as quais um indivíduo se respeita devem ser aquelas que terceiros podem, em princípio, compartilhar (ideia universalizável do respeito próprio)<sup>21</sup>. Ao ilustrar essa característica do respeito próprio, Seglow apresenta o seguinte exemplo:

Suponha que A, uma pessoa branca racista, afirme respeitar seu próprio racismo. Pessoas ponderadas não têm motivos para respeitar A por seu racismo. Embora A possa estimar seu próprio racismo, ele não pode, nessa definição, se respeitar por isso. As razões pelas quais A têm que se respeitar são justamente aquelas que B pode razoavelmente concordar como uma razão para respeitá-lo e vice-versa<sup>22</sup>.

Apesar de admitir que o respeito próprio é um conceito demasiadamente complexo, Jonathan Seglow indica duas de suas dimensões mais básicas: (i) o respeito próprio de atuação e (ii) o respeito próprio por direitos<sup>23</sup>.

Respeito próprio de atuação significa apreciar os valores próprios de sua atuação, assim os indivíduos reconhecem a independência de sua própria personalidade, ou seja, não são instrumentos da vontade de outras pessoas, e apreciam sua liberdade de buscar diferentes opções de vida<sup>24</sup>. O autor sugere que necessitamos que outros endossem positivamente nossa atuação para afirmar que somos realmente agentes competentes, capazes de deliberar, perseguir projetos e reivindicar direitos. É esse endosso dos demais atores sociais que contribui para a construção do respeito próprio por atuação<sup>25</sup>.

Já o respeito próprio por direitos “refere-se às razões pelas quais uma pessoa tem que se respeitar com base nos direitos e liberdades que são reconhecidos por aqueles com quem ela interage”<sup>26</sup>. Seglow explica que o reconhecimento de outras pessoas dos direitos de um indivíduo sinaliza que ela faz parte da comunidade e é um sujeito de direitos<sup>27</sup>. Esse reconhecimento que colabora para a estruturação do respeito próprio por direitos.

---

21 Ibid., p.1.109.

22 Ibid., p.1.109. Tradução do autor.

23 Ibid., p.1.109 – 1.110.

24 Ibid., p.1.109.

25 Ibid., p.1.109.

26 Ibid., p.1.109.

27 Ibid., p.1.110.

Apresentada a ideia do que se compreende por respeito próprio, na busca pela demonstração do dano direito gerado pelo discurso de ódio, em seu trabalho J. Seglow indica que a liberdade de expressão deve ser compreendida como um empreendimento coletivo<sup>28</sup>. A liberdade de expressão como um empreendimento coletivo é a ideia de um fenômeno intersubjetivo que conecta oradores com receptores e cada um tem o interesse na liberdade de expressão como prática social<sup>29</sup>. Nesse sentido, buscando enfraquecer o apelo individualista da liberdade de expressão (interesse puramente expressivo), Jonathan propõe que a liberdade de expressão deva ser percebida como uma prática social que consiste, entre outras coisas, na livre circulação de ideias<sup>30</sup>.

Para o autor, concebendo a liberdade de expressão como um empreendimento coletivo, o discurso de ódio não pode ser avaliado adequadamente sem referência aos interesses de ambas as partes envolvidas, tanto o orador como o receptor da fala odiosa<sup>31</sup> e é o que ele propõe em seu texto e o que se apresenta brevemente a seguir:

Jonathan Seglow diz que os atos de liberdade de expressão são um exercício de nossa atuação e, portanto, aumentam o respeito próprio de atuação de seus participantes. Para ele:

Quando outros compreendem e consideram as opiniões que um indivíduo expressa, eles ajudam a perceber o respeito próprio de sua atuação, porque, através de sua compreensão e consideração, reconhecem e afirmam que o orador é um agente independente, capaz de reflexão crítica e busca bem-sucedida de seus objetivos<sup>32</sup>.

Além disso, os atos de liberdade de expressão (compreendida como um empreendimento coletivo) também contribuem para o respeito próprio por direitos, já que participar das deliberações é exercer um direito. Assim, a compreensão e consideração dos outros indivíduos quanto a expressão de ideias de determinado sujeito aumenta o seu respeito próprio por direitos<sup>33</sup>.

Partindo de tais bases, Jonathan Seglow afirma que o discurso de ódio nega que seus alvos tenham opiniões que mereçam compreensão e consideração de outras

---

28 Ibid., p.1.110.

29 Ibid., p.1.110.

30 Ibid., p.1.111.

31 Ibid., p.1.111.

32 Ibid., p.1.112. Tradução do autor.

33 Ibid., p.1.112.

pessoas. Para o autor, o discurso de ódio transmite a mensagem de que suas vítimas não pertencem à comunidade política, não ocupam posição social relevante para deliberar e moldar as instituições democráticas.<sup>34</sup>

Por assim fazê-lo, o discurso de ódio prejudica o respeito próprio de atuação de três maneiras<sup>35</sup>:

- a. Impede os cidadãos minoritários de deliberarem sobre seus objetivos. Como refletir criticamente sobre os objetivos de alguém é um exercício de atuação, isso dá às vítimas de discursos de ódio menos razões para valorizar sua atuação;
- b. Enfraquece os motivos dessas minorias para ter confiança em seus objetivos e projetos. Perseguir com êxito os objetivos é mais difícil se as visões que os guiam são menosprezadas por outros;
- c. Deforma a deliberação coletiva, pois quem profere o discurso de ódio não reconhece a capacidade das minorias de contribuírem com ideias para discussões coletivas.

Além disso, aponta J. Seglow que os discursos de ódio também prejudicam o respeito próprio por direitos, já que “os que proferem o discurso de ódio afirmam, pelo menos implicitamente, que as minorias não merecem realmente os direitos cívicos básicos de que a maioria dos cidadãos desfrutam”<sup>36</sup>.

Assinala o autor que, como o discurso de ódio nega (implícita ou explicitamente) os direitos e liberdades das minorias, ele corrói a base para que estas tenham confiança nesses direitos e liberdades e, portanto, valorizem e respeitem sua posse segura<sup>37</sup>.

A partir dessa construção teórica, o autor demonstra que o respeito próprio, por ser um modo de autoavaliação do indivíduo que é afetado pelo tratamento que ele recebe dos outros, sofre um dano direito pelos discursos de ódio<sup>38</sup>. Tal dano é suficiente para justificar a limitação da liberdade de expressão e permitir a censura desses discursos.

---

34 Ibid., p.1.112.

35 Ibid., p.1.112 – 1.113.

36 Ibid., p.1.113. Tradução do autor.

37 Ibid., p.1.113.

38 Ibid., p.1.113.

O autor esclarece que os discursos de ódio também afetam o respeito próprio do orador da fala odiosa<sup>39</sup>, contudo, para o presente artigo, não é interessante avançar nessa explicação.

Assim, presente um bom argumento que justifica a restrição da liberdade de expressão (o dano gerado pelo discurso de ódio), adiante analisar-se-á, apoiado na criminologia, se a população carcerária pode ser compreendida como um grupo social e se os discursos que humilham e inferiorizam os encarcerados podem ser classificados, a depender do caso, como discursos de ódio.

Contudo, antes de partir para tal ponto do artigo, para melhor compreensão da proposta, são necessárias algumas reflexões criminológicas quanto ao desvio e ao desviante.

### 3. COMPREENDENDO O DESVIO E O DESVIANTE A PARTIR DO *LABELLING APPROACH*

Decorrente de um movimento cultural efervescente na América do Norte a partir da década de 60, motivado por correntes de origem fenomenológicas, pela sociologia do desvio e do controle social, tendo como marco inicial o trabalho de H. Becker intitulado “*Outsiders*”, nasce o movimento criminológico do *Labelling Approach*<sup>40</sup>. Lançando como interpretação o construtivismo social, o *Labelling Approach*, ao explicar o delito, rompe com a ideia de que o crime é uma realidade pré-constituída, ou uma qualidade inerente à conduta. Se utilizando de conceitos como “conduta desviada” e “reação social” e sua interdependência, essa nova escola criminológica apresenta a concepção de que crime é uma qualidade dada a alguns indivíduos e que tal característica decorre de um complexo sistema, tanto formal como informal, de interação social, definição e seleção<sup>41</sup>.

Com o surgimento do *Labelling Approach* a Criminologia começa a analisar principalmente o sistema criminal e os outros elementos que o influenciam. Tem-se um giro interpretativo, o foco da análise criminológica não é mais o autor do crime e sim os mecanismos de criminalização de condutas. Isso porque, rompendo com a ideia de que existe o criminoso e o cidadão de bem, o *Labelling* explica que o surgimento

---

39 Ibid., p.1.114-1.115.

40 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da Reação Social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.14, p. 276-287, abr./jun. 1996, p.3

41 Ibid., p.3

do crime é um fenômeno complexo, seletivo e estigmatizante, um verdadeiro emaranhado de situações e relações que vão etiquetar alguns indivíduos como criminosos e outros não<sup>42</sup>.

Se antes do movimento da Reação Social a pergunta era: “porque aquele indivíduo praticou determinado crime?”, com o advento do *Labelling* a pergunta tornou-se: “por que a conduta praticada por aquele indivíduo é entendida como crime?”.

Pode-se dizer que o surgimento da Teoria da Reação Social (*Labelling Approach*) fratura com a metodologia do paradigma etiológico, pois “o processo de interação dá um sentido radicalmente diferente ao método causal explicativo. O que está em jogo passa a ser quem tem o poder de definir e quem sofre a definição”<sup>43</sup>. Com o modelo da Reação Social o que são estudados são os processos normativos de criminalização de condutas, as agências de controles sociais, o sistema carcerário, a interação e estigmatização social, a reincidência criminal, entre outros. Como bem explica Vera Regina de Andrade, o *Labelling* substitui um “modelo estático e descontínuo de abordagem por um modelo dinâmico e contínuo que conduz a reclamar a redefinição do próprio objeto criminológico”<sup>44</sup>.

Buscando a melhor compreensão desses processos de controle social, interação e rotulação, o *Labelling Approach* aprofunda em três diferentes fases da criminalização, as quais serão brevemente abordadas nos subtópicos seguintes.

### 3.1 As criminalizações primária e secundária

Para a Teoria da Rotulação Social, não é possível interpretar a criminalidade e, especialmente, o fenômeno da criminalização, se não se analisa a atuação do sistema penal, o qual define o que seja crime e atua para reprimê-lo. Com o *Labelling* fica evidente que para se compreender os processos de criminalização se faz necessário investigar os procedimentos de elaboração das normas abstratas, bem como a atuação concreta das instâncias oficiais, como polícia, juízes, instituições penitenciárias, entre outros<sup>45</sup>.

---

42 Ibid., p.3

43 BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à Criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 74.

44 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da Reação Social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.14, p. 276-287, abr./jun. 1996, p.5

45 BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 86

Nesse sentido, o *Labelling Approach*, ao adentrar nos processos de interações sociais, categoriza como criminalização primária o processo de criação das normas penais, como também a definição dos bens jurídicos a serem tutelados, a seleção das condutas que serão abstratamente criminalizadas e a repartição do poder para operar com esse mecanismo de criminalização na sociedade.

De outro lado, tal corrente criminológica intitula como criminalização secundária o exercício da ação punitiva sobre pessoas concretamente determinadas, ou seja, aquelas que já foram selecionadas na primeira fase da criminalização (criminalização primária) e que agora são escolhidas pelas instâncias oficiais. Como bem explica Marina Quezado, o processo de criminalização secundária pode ser ilustrado com um funil, em que, do importe total dos comportamentos ilícitos praticados, apenas alguns são capturados e processados pelo sistema penal<sup>46</sup>.

A partir de detida análise da criminalização primária e secundária, revelada pelo *Labelling*, fica manifesto que nossa sociedade, ao fazer as regras cuja infração constitui um delito, cria o crime. Por sua vez, ao aplicar essas regras a pessoas particulares e rotulá-las como desviantes, cria o criminoso.

Compreendendo os processos de criminalização primária e secundária se conclui que o crime não pode ser compreendido como uma qualidade do ato que o indivíduo comete, mas uma consequência da aplicação, por outros, de regras e sanções a um indivíduo. Como assinala Becker: “o desviante é alguém a quem esse rótulo foi aplicado com sucesso; o comportamento desviante é aquele que as pessoas rotulam como tal”<sup>47</sup>.

### 3.2 O desvio secundário – a etiqueta de desviado

Além dos estudos da criminalização primária e secundária, o *Labelling Approach* adentra nas variáveis que levam ao desvio secundário (reincidência penal) e explora a influência do etiquetamento na construção da autoimagem do desviante e seus reflexos no cometimento de novos atos que são institucionalmente criminalizados.

Pode-se dizer que o enfoque de estudo do desvio secundário no *Labelling* são as consequências negativas do contato do indivíduo com as agências punitivas, a

---

46 GROSNER, Marina Quezado. **A seletividade do sistema penal na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: o trancamento da criminalização secundária por decisões em habeas corpus**. São Paulo: IBCCRIM, 2008.

47 BECKER, Howard Saul. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Tradução Maria Luiza X. de Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 22.

investigação das mudanças que a rotulação pode causar no indivíduo, bem como a transformação de sua autopercepção como sujeito e a forma de encarar a sociedade.

Tendo como principais expoentes Howard Saul Becker e Edwin M. Lemert<sup>48</sup>, os ensaios do desvio secundário, destacando o plano psicológico-social, analisam como se transforma em criminoso aquele indivíduo que é tratado e rotulado socialmente como tal.

Becker, em sua obra intitulada “Outsiders”, ao examinar a carreira dos usuários de maconha, demonstrou importante consequência da rotulação e da aplicação de sanções penais. Em citado trabalho, o autor concluiu que ser apanhado e marcado como desviante traz significativa alteração na identidade social do sujeito, mudança que acontece logo quando é inserido no *status* de desviante<sup>49</sup>. Para ele “tratar uma pessoa como se ela fosse em geral, e não em particular, desviante produz uma profecia auto-realizadora. Ela põe em movimento vários mecanismos que conspiram para moldar a pessoa segundo a imagem que os outros tem dela”<sup>50</sup>.

Já a partir da obra de Lemert, denominada “Human deviance, social problems and social control” foi possível constatar que, ao passo que o desvio primário se refere a um cenário social, cultural e psicológico, que não tem como centralidade a estrutura psíquica do indivíduo, ou seja, não tem uma ligação direta à percepção que o indivíduo tem de seu papel social, o desvio posterior à reação social (rotulação e aplicação da sanção) tem ligação direta aos efeitos psicológicos que a primeira rotulação produziu no indivíduo<sup>51</sup>.

Nesse passo, a contar das contribuições do *Labelling Approach*, pode-se dizer que a rotulação social do indivíduo como desviante é capaz de gerar um processo de interiorização do etiquetamento social de criminoso, o qual modifica sua auto-avaliação perante a sociedade, sendo, até mesmo, apto a propiciar uma tendência a permanecer no papel social no qual a estigmatização o inseriu<sup>52</sup>. Explica-se melhor: os estudos do desvio secundário demonstram que a rotulação social é capaz de motivar novas condutas desviantes, ou seja, a rotulação/etiquetamento colabora para que o indivíduo reincida criminalmente. Isso ocorre uma vez que, na medida em que o sujeito

---

48 BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 89

49 BECKER, Howard Saul. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Tradução Maria Luiza X. de Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 42.

50 Ibid., p.44.

51 BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 90.

52 Ibid., p.91.

rotulado se percebe cada vez mais atrelado ao papel que lhe foi atribuído socialmente, maior é a tendência para que o indivíduo se defina como os outros o definem, isto é, como um desviante (criminoso).

É importante ressaltar que, a rotulação social, ainda que muito importante para a análise e entendimento do desvio secundário, não pode ser compreendida como a única explicação para a ocorrência de um novo ato classificado como crime e até mesmo a entrada do sujeito na carreira desviante<sup>53</sup>. Apesar de ser fator que propicia a reincidência penal, a rotulação e a modificação do *status* social não é a única causa que leva o indivíduo a cometer um novo ato desviante.

Dito isso, como bem observado por Alessandro Baratta, os estudos do desvio secundário apresentados pela Teoria da Rotulação Social lançam “luz sobre os efeitos criminógenos do tratamento penal”, demonstram a grande distância entre a ideia de ressocialização – defendida por tantos – e indicam a função real da rotulação e do encarceramento dos desviantes<sup>54</sup>.

Assim, compreendida a criminalidade e especialmente a criminalização a partir do *Labelling Approach*, a seguir, se valendo das contribuições dessa escola criminológica, passa-se a analisar se os discursos que atacam e inferiorizam a população carcerária podem ser classificados como discursos de ódio.

#### 4. A POSSIBILIDADE DE A POPULAÇÃO CARCERÁRIA SER ALVO DE DISCURSOS DE ÓDIO

Extraí-se dos ensinamentos do *Labelling Approach* que o desvio e o desviante não são realidades pré-constituídas, eles decorrem de escolhas, rótulos e processos de criminalizações. Nesse sentido, pode-se dizer que a criminalidade como realidade social não é uma entidade que é determinada antes da atuação das agências punitivas, mas sim uma qualidade atribuída a partir da atuação dos órgãos persecutórios.

É dizer: o Poder Judiciário e as outras instâncias oficiais que englobam os processos de criminalização secundária são instituições que produzem e põem “realidade”. Por exemplo, uma decisão condenatória cria uma nova qualidade para o imputado, coloca-o em um *status* que, sem sentença, não possuiria<sup>55</sup>. Como aponta Alessandro Baratta:

53 BECKER, Howard Saul. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Tradução Maria Luiza X. de Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 180.

54 BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 114.

55 BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 107.

O status social de delinquente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social da delinquência, enquanto não adquire esse status aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instâncias<sup>56</sup>.

Nesse cenário surge a seguinte indagação: o que então as pessoas rotuladas de desviantes têm em comum? Becker responde tal pergunta dizendo que “no mínimo, elas partilham o rótulo e a experiência de serem rotuladas como desviantes”<sup>57</sup>.

De tal resposta não seria estranho indicar que os selecionados penalmente podem ser compreendidos como um agrupamento de pessoas que compartilham a rotulação e identidade social de criminosos, ou seja, um grupo etiquetado socialmente como desviantes. Ao ser apreendido pelas agências penais, ao sujeito lhe é atribuído um rótulo, a etiqueta de desviado, e, a partir daí, ele é encarado pela sociedade como um desviante.

Importante mencionar que, quanto a definição de quem serão os desviantes, é inegável que, em regra, a tendência são as agências punitivas capturarem os mais vulneráveis, sejam eles vulneráveis socialmente, economicamente, culturalmente ou psicologicamente<sup>58</sup>. Não se presta ao objetivo do presente artigo aprofundar nas variáveis que levam à definição de quem serão os alvos da criminalização secundária, contudo, não se pode perder de vista que as instituições que atuam na criminalização secundária mantêm um determinado padrão de escolha socioeconômica, caso assim não fosse, não seria possível explicar porque nossa população carcerária é composta, em sua maior parte, de jovens negros e pardos, que não cursaram o ensino médio e que são de baixa renda<sup>59</sup>.

Posto isso, passando para a resposta da primeira das perguntas que motivaram o texto, como visto no início do presente artigo, ao se definir o que se compreende como discurso de ódio, tem-se como imprescindível que sejam manifestações que transmitam acentuada ojeriza a um grupo social, ou a um sujeito por ele pertencer a determinado grupo social, ou seja, é indispensável que o discurso, para ser classificado como um discurso de ódio, além de ser um discurso hostil, vincule a expressão

56 BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 86.

57 BECKER, Howard Saul. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Tradução Maria Luiza X. de Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 22.

58 SÁ, Alvino Augusto de. Algumas ponderações acerca da reintegração social dos condenados à pena privativa de liberdade. **Revista da Esmape**, Recife, v. 5, n. ja/ju 2000, p. 25-70, 2000, p. 35.

59 DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Sistema de Informação Penitenciária (InfoPen)**. Estatística. Ministério da Justiça. Disponível em: < <https://www.gov.br/depen/pt-br/acesso-a-sistemas/sisdepen/infopen> >. Acesso em: 29 de ago. 2020.

agressiva a uma característica identitária comum entre o atingido pelo discurso e o grupo ao qual ele pertence. Daí surge o seguinte questionamento: o compartilhamento da rotulação social de desviante é suficiente para classificar os indivíduos que foram selecionados penalmente como um grupo social?

Bem, a partir das lições da psicologia social não seria suficiente, uma vez que esse ramo das ciências “psi” compreende como grupo um conjunto de pessoas que interagem e se influenciam, que possuem uma percepção de si mesmos como “nós”, em contraste com “eles”<sup>60</sup>, o que não ocorre quando os indivíduos apenas compartilham da mesma rotulação social.

No entanto, apesar da rotulação, por si só, não ser capaz de determinar que os indivíduos selecionados penalmente sejam definidos como um “grupo”, aqueles que foram rotulados como desviantes e, por conta desta rotulação, foram obrigados a viverem reclusos em instituições prisionais, esses sim preenchem as características necessárias para a classificação grupal. Os que se encontram encarcerados formam um grupo dos etiquetados como desviantes que compartilham do cárcere, local em que convivem, interagem entre si e se influenciam<sup>61</sup>.

Assim, quanto a indagação se poderiam os discursos que atacam e ofendem a população carcerária serem classificados como discursos de ódio, a partir das contribuições do *Labelling Approach* e dos subsídios da psicologia social, é axiomático afirmar que as pessoas em reclusão penal pertencem a um verdadeiro grupo social, o grupo daqueles os quais fora imposto os *status* de desviante, um *status* que foi atribuído “por parte daqueles que detêm o poder de criar e aplicar a lei penal, mediante mecanismos seletivos, sobre cuja estrutura e funcionamento a estratificação e o antagonismo dos grupos sociais têm uma influência fundamental”<sup>62</sup>e que, a partir dessa seleção penal, foram forçados a convierem em conjunto, compartilhando o ambiente prisional.

Por constituir um determinado grupo social (o grupo dos que compartilhem a identidade social de desviantes e partilham da experiência prisional), os discursos que insultam e agridem a população carcerária podem sim ser classificados, a depender do caso, como discursos de ódio.

---

60 MYERS, David G. **Psicologia Social**. 10 edição. Porto Alegre. Editora McGraw-Hill, 2014, p.217.

61 Quando se fala de encarcerados e/ou população carcerária, desconsidera-se os que estão em prisão domiciliar ou os que têm a liberdade restringida por medidas cautelares diversas da prisão.

62 BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 113.

Respondido o primeiro questionamento do trabalho acadêmico, a começar de agora, passa-se a explorar quais são os danos desses discursos, bem como seus reflexos, na população carcerária.

## 5. ANALISANDO O DISCURSO DE ÓDIO CONTRA A POPULAÇÃO CARCERÁRIA

Nas últimas décadas a população carcerária se tornou um dos principais alvos de discursos ofensivos, degradantes e preconceituosos. Rotineiramente se percebe nos canais de informação declarações de políticos, jornalistas e outras pessoas públicas que inferiorizam os indivíduos que estão em privação de liberdade. Grande parte desses discursos são declarações que colocam, sem nenhuma distinção, a população carcerária como um grupo de inimigos do Estado, os quais não merecem o mínimo respeito social.

Em regra, os discursos contra a população carcerária tratam o preso como um sujeito de segunda classe, um ser que não é digno dos direitos cívicos mais básicos de que a maioria dos cidadãos desfrutam. Termos como “bandido bom é bandido morto”, “direitos humanos para humanos direitos” são frequentes nas falas direcionadas à população carcerária e o menosprezo e escárnio são constantes nos discursos que possuem como alvo os encarcerados.

Apenas para ilustrar o quão sintomático são os discursos que inferiorizam a população carcerária em nossa sociedade, após a ocorrência, no início do ano de 2017, de diversas chacinas em presídios do Norte e Nordeste do Brasil, inúmeros cidadãos se manifestaram clamando por mais mortes e sofrimento dos indivíduos que estavam naqueles ambientes prisionais. Dentre esses cidadãos, muitos eram agentes públicos, como, por exemplo, o à época secretário nacional de Juventude, Bruno Júlio (PMDB), que, ao comentar sobre as chacinas que ocorreram nos presídios da Região Norte do país, declarou ao jornal O Globo que: “tinha era que matar mais. Tinha que fazer uma chacina por semana”<sup>63</sup>. Não soou diferente as declarações dadas pelo à época secretário de Justiça e Cidadania do Rio Grande do Norte, Wallber Virgolino, que, ao também falar ao jornal O Globo sobre as mortes nos presídios e comentar toda a crise do sistema penitenciário brasileiro, disse que: “presídio não é hotel e preso não é hóspede”, acrescentando que: “o criminoso tem que se sentir criminoso”<sup>64</sup>.

63 SECRETÁRIO da Juventude de Temer diz que ‘tinha era que matar mais’ nos presídios. **G1**, Brasília, 6 jan. 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/secretario-da-juventude-de-temer-diz-que-tinha-era-que-matar-mais-nos-presidios.ghtml>. Acesso em: 31 ago. 2020.

64 “PRESÍDIO não é hotel e preso não é hóspede”, diz Secretário de Justiça do RN. **GAZETAONLINE**, Brasília, 10 jan. 2017. Disponível em: <https://www.gazetaonline.com.br/noticias/brasil/2017/01/presidio-nao-e-hotel-e-presos-nao-e-hospede--diz-secretario-de-justica-do-rn-1014012485.html>. Acesso em: 31 ago. 2020.

Tendo em conta que diuturnamente a população carcerária é alvo de discursos de ódio, urge a análise dos danos ocasionados por tais discursos e seus possíveis efeitos no sujeito encarcerado. É o que se pretende averiguar adiante.

## 5.1 O dano

A partir da concepção do dano direto causado pelo discurso de ódio apresentada por Seglow, pode-se dizer que a fala odiosa conduz a ideia de que suas vítimas não pertencem à comunidade, que não ocupam posição socialmente relevante. Por assim fazer, como demonstrado por J. Seglow, o discurso de ódio atinge retineamente o respeito próprio de seus alvos<sup>65</sup>. Acontece que, quando o discurso de ódio é voltado à população carcerária esse dano pode ser de uma magnitude superior ao habitual. Explica-se essa maior intensidade: ao se entrar no cárcere o indivíduo passa por uma verdadeira mortificação do “eu”<sup>66</sup>, em que é submetido a uma série de rebaixamentos, degradações e humilhações que provocam inúmeros efeitos negativos à sua autoimagem<sup>67</sup>, assim, por já ter sua autoimagem extremamente abalada pelo cárcere, o discurso de ódio contra a população carcerária tem uma potencialidade danosa que extrapola o comum.

Dos ensinamentos de Seglow foi possível perceber que, ao atingir o respeito próprio por atuação, o discurso de ódio enfraquece os motivos de suas vítimas em ter confiança em seus objetivos e projetos<sup>68</sup>. Nesse passo, quando se tem como vítimas desses discursos a população carcerária, suas consequências podem ser mais acentuadas, vez que o encarcerado já é um sujeito que, em regra, se encontra fortemente desacreditado de seus projetos e objetivos futuros. O encarcerado é desacreditado pela comunidade e o discurso de ódio reforça sua autopercepção como socialmente indigno, o que diminui ainda mais as razões para valorizar sua atuação.

Além disso, como visto no início do texto, da perspectiva de Seglow é possível dizer que o discurso de ódio também prejudica o respeito próprio por direitos, já que nega (implícita ou explicitamente) os direitos e liberdades de seus alvos, desgastando os alicerces que sustentam a confiança e segurança que eles possuem nesses di-

---

65 Ibid., p.1.112.

66 GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2008, p. 24

67 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.201.

68 SEGLOW, Jonathan. Hate Speech, **Dignity and Self-Respect**. Ethical Theory and Moral Practice, n. 19, 2016, p.1.113.

reitos e liberdades<sup>69</sup>. Sobrevém que, quando o alvo das falas odiosas é a população carcerária tal dano é ainda mais severo, já que os reclusos, geralmente, se encontram em verdadeiro contexto de negação e violação de direitos<sup>70</sup> e, ao prejudicar o respeito próprio por direitos, os discursos de ódio contribuem ainda mais para que o encarcerado se perceba como indivíduo totalmente privado de seus direitos mais básicos.

Augusto Thompson, ao discorrer sobre o cárcere e o encarcerado, explica que “o conjunto de privações e indignidades a que está submetido o preso faz com que ele, ao se comparar com as pessoas do mundo livre, tenha a dramática sensação de haver atingido o mais baixo ponto possível de degradação”.<sup>71</sup> Por esse ângulo, não seria estranho dizer que os discursos de ódio contra a população carcerária, ao lesarem o respeito próprio de seus alvos, intensificam a percepção do recluso de ocupar o estrato mais desprezível da sociedade, permitindo que o recluso se veja como um verdadeiro sujeito de não direitos, um agente privado de todas as garantias e liberdades que são asseguradas aos cidadãos (mesmo aqueles em privação de liberdade).

Da construção do dano do discurso de ódio trazida por Seglow, pode-se dizer que a manifestação odiosa contra a população carcerária, por atingir o respeito próprio do recluso, acentua a construção da autoimagem do desviante e colabora com sua marginalização, o destituindo de dignidade e o tornando irreconhecível como detentor de autonomia pessoal e merecedor de um relacionamento bem sucedido com os demais indivíduos da sociedade<sup>72</sup>.

Se não bastasse os danos diretos gerados pelo discurso de ódio, aponta-se a seguir que a violação ao respeito próprio do encarcerado pode refletir dramaticamente na concepção de seu papel social e até mesmo contribuir para a ocorrência de um desvio secundário.

---

69 Ibid., p.1.113.

70 Em decisão no bojo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de n.º 347, o Supremo Tribunal Federal reconheceu um quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais no sistema carcerário brasileiro, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas, que se caracterizou como um “estado de coisas inconstitucional”.

71 THOMPSON, Augusto. **A Questão Penitenciária**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.110.

72 SEGLOW, Jonathan. Hate Speech, **Dignity and Self-Respect**. Ethical Theory and Moral Practice, n. 19, 2016, p.1.109.

## 5.2 Os reflexos do dano

Do texto de Seglow foi possível assimilar que o respeito próprio é uma autoavaliação do indivíduo de sua personalidade, direitos, *status* social, caráter, situação, conquistas, projetos e atuação<sup>73</sup>, sendo uma autêntica lente normativa que estrutura a percepção mais básica de si mesmo e dos demais indivíduos.

Também foi possível compreender em Seglow que a construção do respeito próprio está umbilicalmente ligada ao tratamento que indivíduo recebe dos demais cidadãos e é essa ligação que justifica os discursos odiosos serem capazes de minar o respeito próprio de suas vítimas<sup>74</sup>. É dizer: o respeito próprio de um indivíduo está diretamente relacionado a forma como ele é tratado socialmente, sendo que o indivíduo ao ser tratado mal pela sociedade terá seu respeito próprio dramaticamente rebaixado.

Nesse cenário, quando se reflete que as vítimas dos discursos de ódio serão os indivíduos em privação de liberdade, não é difícil chegar na relação existente entre o respeito próprio, construída por Seglow, e a interferência do etiquetamento na construção da autoimagem do desviante, apresentada pelos teóricos do *Labelling Approach*.

Se com o *Labelling* é possível constatar que a rotulação social do sujeito como desviante é apta a gerar um processo de interiorização do etiquetamento de criminoso, o qual transforma sua autoavaliação perante a sociedade – que pode até mesmo levar a um novo desvio<sup>75</sup> –, não soaria estranho dizer que o respeito próprio engloba esse processo de autoavaliação do indivíduo que leva a construção de uma nova identidade pública após a primeira rotulação de desviante.

Assim, pelo respeito próprio ter estrita ligação com a construção de um novo “eu” após a reação social e etiqueta de desviante, é forçoso reconhecer que os discursos de ódio, por lesarem o respeito próprio do indivíduo encarcerado, reforçam os processos de internalização do estigma de criminoso, os quais favorecem o desvio secundário e até mesmo o desenvolvimento de uma carreira criminal.

Não se pretende dizer com isso que os discursos de ódio contra os encarcerados têm como consequência direta a ocorrência da reincidência penal e o aprofundamento na carreira criminal, contudo, alerta-se que tais discursos são um elemento

---

73 Ibid., p.1.109.

74 Ibid., p.1.113.

75 BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 91.

a mais para os processos de etiquetamento e discriminação, contribuindo para a formação do *status* social de desviante e a possível realização de novas condutas socialmente criminalizadas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto ao longo do texto, três foram os questionamentos que nortearam todo o trabalho: (a) os discursos que atacam ou pretendem atacar a população carcerária podem ser classificados como discursos de ódio? (b) quais são os danos desses discursos na população carcerária? (c) existem reflexos desses danos na construção da nova identidade do sujeito encarcerado?

No início do artigo, ao investigar o que seja discurso de ódio e buscar um ponto comum entre as diversas definições, foi possível notar que, para muitos, a definição de discurso de ódio se compreende como aquela expressão que transmite, intencionalmente, acentuada hostilidade a um grupo social, ou a um indivíduo por ele pertencer a determinado grupo social. Desse modo, para se classificar um discurso como discurso de ódio é imprescindível a vinculação da expressão agressiva contra um sujeito ao seu pertencimento a um grupo.

Nesse passo, para a resposta do primeiro dos questionamentos, partindo da teoria criminológica do *Labelling Approach*, rompendo com a ideia de que o delito é uma realidade pré-constituída, sendo o crime uma qualidade dada a alguns indivíduos e que tal atributo decorre de um complexo sistema de interação social; bem como se valendo das definições da psicologia social do que venha a ser compreendido como “grupo”, foi possível explicar que a população carcerária pode ser entendida como um verdadeiro grupo social, o grupo daqueles que foram rotulados socialmente como desviantes e que, por conta desta rotulação, foram obrigados a compartilharem do ambiente carcerário, *locus* no qual interagem e se influenciam. Dessa maneira, por ser possível compreender a população carcerária como um grupo social, os discursos que ofendem e atacam os encarcerados podem, a depender do caso, serem classificados como discursos de ódio.

Por sua vez, quanto ao segundo questionamento levantado no texto, a partir da concepção de Jonathan Seglow quanto ao dano ao respeito próprio ocasionado pelo discurso de ódio, pode-se dizer que os discursos contra a população carcerária atingem o encarcerado em uma intensidade que extrapola o habitual. Ao longo do texto foi possível notar que o indivíduo em reclusão penal se encontra em um contexto de intensa violação de direitos, em que se percebe como ocupante do mais baixo extrato

social, sendo que os discursos de ódio contribuem ainda mais para que o encarcerado se veja como um sujeito totalmente desprovido de autonomia pessoal e indigno de um relacionamento bem sucedido com os demais indivíduos da sociedade.

Já em relação ao último dos questionamentos que guiaram todo o texto, servindo-se do *Labelling Approach*, em especial os estudos do desvio secundário, em conjunto com a concepção de respeito próprio apresentada por Seglow, foi possível perceber que os discursos de ódio contra a população carcerária acentuam os processos de interiorização do estigma de desviante, os quais favorecem o desvio secundário e inclusive a inserção do indivíduo em uma carreira criminal.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da Reação Social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.14, p. 276-287, abr./jun. 1996.

ASSAF, Matheus. **Liberdade de expressão e discurso de ódio**: por que devemos tolerar ideias odiosas? Belo Horizonte: Dialética, 2019.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARCELOS, Júlia Rocha de. Discurso de Ódio, Liberdade de Expressão e (In) Tolerância na Propaganda Política. In: VIANA, Rodolfo Pereira (org). **Direitos Políticos, Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio**. Belo Horizonte: IDDE. p. 99-136, 2018.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à Criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECKER, Howard Saul. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Tradução Maria Luiza X. de Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**: Causas e Alternativas. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2001

CORTES, Pâmela de Rezende. O Discurso de Ódio e os Grupos Ideológicos. (In) Tolerância na Propaganda Política. In: VIANA, Rodolfo Pereira (org). **Direitos Políticos, Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio**. Belo Horizonte: IDDE. p. 185-2002, 2018.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Sistema de Informação Penitenciária (InfoPen). Estatística. **Ministério da Justiça**. Disponível em:< <https://www.gov.br/depen/pt-br/acesso-a-sistemas/sisdepen/infopen>>. Acesso em: 29 de ago. 2020.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2008.

GROSNER, Marina Quezado. **A seletividade do sistema penal na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**: o trancamento da criminalização secundária por decisões em *habeas corpus*. São Paulo: IBCCRIM, 2008.

- HARELL, Alisson. The Limits of Tolerance in Diverse Societies: hate speech and political tolerance norms among youth. **Canadian Journal of Political Science**, n. 43, v.2, jun/jul. 2010.
- LEPUTRE, Maxime. **Hate Speech in Public Discourse: A pessimistic Defense of Counterspeech**. In: Social Theory and Practice. Vol. 43, No 4 (October 2017), p. 851-883.
- MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MYERS, David G. **Psicologia Social**. 10 edição. Porto Alegre: Editora McGraw-Hill, 2014.
- SÁ, Alvino Augusto de. Algumas ponderações acerca da reintegração social dos condenados à pena privativa de liberdade. **Revista da Esmape**, Recife, v. 5, n. ja/ju 2000, p. 25-70, 2000.
- SÁ, Mariana Oliveira de. **O Discurso de Ódio, o Silêncio e a Violência: Lidando com ideias odiosas**. Dissertação (Mestrado em Administração) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2020.
- SEGLow, Jonathan. Hate Speech, Dignity and Self-Respect. **Ethical Theory and Moral Practice**, n. 19, p. 1103-1116, 2016.
- THOMPSON, Augusto. **A Questão Penitenciária**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- WALDRON, Jeremy. **Dignity and Defamation: The Visibility of Hate**. Harvard Law Review, v. 123, n. 529, p. 1596-1657, 2010. Disponível em: <<https://harvardlawreview.org/2010/05/dignity-and-defamation-the-visibility-of-hate>>.
- WALDRON, Jeremy. **The harm in hate speech**. Cambridge: Harvard University Press, 2012.
- YONG, Caleb. **Does Freedom of Speech Include Hate Speech?** Springer Science Business Media B.V., p. 385-403, 2011. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1007/s11158-011-9158-y>>..

# A “OPINIÃO” QUE VIOLENTA E MATA: CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA E O DISCURSO DE ÓDIO EM MÍDIAS SOCIAIS

Luiz Carlos Garcia<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente trabalho faz uma análise de manifestações homotransfóbicas realizadas em mídias sociais enquanto discurso de ódio frente à decisão de criminalização da homotransfobia pelo Supremo Tribunal Federal. Tal análise parte do pressuposto que todo indivíduo tem direito a viver sua sexualidade e se identificar da forma que quiser, e que o discurso que o diminua tendo por base sua identidade de gênero e/ou sexual configura discurso de ódio e deve ser coibido. O pressuposto do trabalho é que a fala em si é capaz de violentar e ser limitadora do livre exercício de direitos do outro, enquanto ato discriminatório a partir da decisão do STF, no que há de mais fundamental que a própria manifestação de si e de sua sexualidade.

## INTRODUÇÃO

Nos últimos anos poucos temas foram tão abordados quanto o exercício da liberdade de expressão e se essa pode ou não ser limitada, especialmente quando se está diante de uma manifestação que possui um conteúdo que possa caracterizá-la como discurso de ódio. Fato incontestável é que o direito de se manifestar e expressar o que se pensa é algo muito caro a cada indivíduo de forma singular e a coletividade como valor. Entretanto na mesma medida, há outros valores que por vezes podem ser feridos em determinadas manifestações e gerar consequências que provocam danos imediatos e ainda corroboram com uma visão deturpada de sociedade e do que se quer enquanto grupo organizado.

Trazer a ideia de possíveis manifestações que devem ser tolhidas por possuírem conteúdos que atacam determinados grupos é mal visto por muitos por encarar tal movimento enquanto um ato de censura ao que é denominado de mercado livre das

---

1 Professor de Direito Privado. Mestre em Engenharia Ambiental pela Universidade Federal de Ouro Preto. Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

ideias. Esse medo a censura de manifestação possui dentre muitos outros aspectos, um lastro no passado brasileiro recente marcado pela ditadura militar que tinha na censura uma arma e esse uso era feito à revelia de qualquer garantia do indivíduo.

Por que dizer que este é um aspecto que sustenta a aversão a qualquer ideia de limitação a liberdade de expressão? Exatamente pelo que fato que a discussão suscita uma série de outras questões, desde a ideia que tal limitação pode gerar uma reação violenta até o fato inequívoco que os grupos que são vítimas desses discursos não contam com grande preocupação por parte de ampla parcela da sociedade e das instituições de modo geral. Ou seja, o preconceito obviamente está também como pano de fundo para se justificar porque é mais relevante garantir a expressão irrestrita que impedir a violência alguns indivíduos pelo que são.

É exatamente nesse lugar que se encontra o grupo composto por homossexuais e transexuais – abrangendo-se aqui todos e todas que compõe a comunidade LGBT+ - por isso a necessidade de se discutir o discurso homotransfóbico enquanto ato violento e portanto, não protegido pela ideia de liberdade de expressão. A análise dessa conjuntura tanto no momento de se aferir se ocorreu um discurso de ódio quanto para se determinar como lidar com tal situação deve ser feita de maneira contextualizada. Isso significa que uma mesma fala pode produzir resultados diferentes em contextos diferentes. E esse contexto é determinado pelo momento histórico, por quem profere o discurso e principalmente a quem esse discurso é direcionado.

Tal debate recebeu especial elemento a partir da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal - STF - onde houve o enquadramento da homotransfobia como modalidade do crime de racismo. Isso ocorreu em razão do reconhecimento por parte da Corte que houve omissão legislativa sobre o tema e desse modo, até que o Congresso Nacional edite norma específica, tais condutas são enquadradas na tipificação trazida pela Lei de Racismo.

No presente trabalho o objetivo é discutir, portanto, o reconhecimento do discurso homotransfóbico enquanto manifestação criminosa coberta pela Lei de Racismo. Para tanto, será discutida a situação real de violência vivida por esses grupos, a decisão proferida pelo STF e como tais discursos são em si atos violentos. Será problematizado o conceito de discurso de ódio e o que caracteriza tal ato. Com um importante recorte no sentido de trabalhar o aspecto do discurso em si enquanto potência, ou seja, defende-se aqui que a fala em si pode ser um ato violento e que portanto ataca aquele a quem é direcionada, de modo a diminuir determinados indivíduos em relação a sua própria dignidade.

## 1. IDENTIDADE DE GÊNERO E SEXUAL, DO QUE ESTAMOS FALANDO?

Ainda que com outras nomenclaturas e abordagens, as temáticas que permeiam o corpo humano, suas manifestações e a sexualidade datam da própria origem humana. Desse modo, assuntos como transexualidade e homossexualidade igualmente estão presente em toda a história humana. Apenas em critério ilustrativo pode-se citar o mito de Tirésias, que traz um homem que ao ver duas cobras copulando as separa e mata a fêmea, e como castigo é transformado pelos deuses em mulher. Posteriormente ocorre o mesmo fato e Tirésias ao separar as cobras mata o macho. Por ter experimentado os dois prazeres passa a ser uma espécie de oráculo. O imperador Nero, ordena que seu amado seja transformado em mulher pelos médicos para ser completa a relação entre eles. Em tradições religiosas é comum figuras que oscilam entre a figura masculina e feminina, a exemplo do orixá Oxumaré nas religiões de matriz africana. Enfim, trata-se de fenômeno social que faz parte da própria ideia de cultura, sendo ora geradora, ora resultado de como cada sociedade em sua época lidou.<sup>2</sup>

A maior dificuldade reside exatamente no fato de que somos criados numa cultura binária e que simplesmente ignora as múltiplas possibilidades existentes em todas as esferas de compreensão e manifestação humana. Vive-se em uma sociedade onde a heteronormatividade e o machismo ditam as normas de comportamento. Nesse sentido, processos de naturalização nos são ensinados desde a primeira infância<sup>3</sup>. Naturalizar é exatamente tornar algo que não é, natural. Ou seja, dar a um determinado comportamento – cultural ou socialmente construído – contornos quase biológicos. E qual o ganho com isso? A invisibilização de lutas sociais em contrário. É muito mais fácil reprimir ou simplesmente ignorar determinados indivíduos quando o que os torna discordantes é exatamente um fato antinatural.

Para entender e adentrar nas muitas implicações sociais e, portanto, jurídicas que advém dessas definições é fundamental estabelecer alguns conceitos. Para o presente estudo, partir-se-á de algumas categorizações. Entretanto, registre-se que mesmo as categorias que aqui serão utilizadas - e que correspondem ao que se é majoritariamente aceito na atualidade - são hoje questionadas e assim, a melhor maneira de compreendê-las é numa ideia fluida, algo não estanque e que estará sempre à mercê da subjetividade humana e das muitas possibilidades de contexto social onde o indivíduo pode se inserir.

---

2 SUTTER, Matilde Josefina. **Determinações e Mudança de Sexo - Aspectos Médico-legais**. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 1993.

3 SCOTT, Joan. Tradução: Christine Rufino Dabat. Maria Betânia Ávila. **Gênero: uma categoria útil para análise histórica**. Revista Educação e Realidade. 1998.

De modo geral se aceita que sexo corresponde ao aspecto biológico, ou seja, a pessoa nascer com um órgão A ou B. De acordo com o tipo de genitália essa pessoa será classificada como sendo masculina ou feminina, na ideia básica de macho/fêmea. Ressalve-se a situação intersexo, que corresponde à pessoa que possui uma genitália que não se enquadra na divisão binária de pênis e vagina. Considere-se que a situação do intersexo, o que o caracteriza, como reconhecer, divide opiniões na comunidade médica<sup>4</sup>.

### **1.1. Gênero e identidade sexual - do pecado a doença em um contexto de ódio**

Vive-se no Brasil, na atualidade, momentos que mesclam de maneira intensa ganhos no que tange a liberdade sexual e verdadeiros ataques e avanços conservadores. Fala-se do Congresso mais conservador desde a Ditadura Militar no Brasil, o que repercute diretamente nos avanços ou retrocessos que a legislação e políticas públicas acabam por atender.

A naturalização de condutas - que aborda como sendo inerente a determinada condição, principalmente a ideia de gênero ou orientação sexual, características que são socialmente e construídas - somada a um histórico que tratou a homossexualidade como pecado, como doença, como crime, acaba por sustentar condutas violentas até hoje no Brasil e no mundo.

Durante a Idade Média a homossexualidade foi demonizada pela igreja católica, que perseguiu homossexuais por meio da inquisição<sup>5</sup>. Com a perda de espaço no cenário político da Igreja Católica, a homossexualidade saiu de cena, deixando de ser encarada como algo a ser perseguido pela máquina estatal, até então atrelada diretamente à religião. Entretanto permaneceu como algo moralmente inaceitável e que deveria ser coibido tanto pela família, heterossexual, patrimonialista e patriarcal, como pelos órgãos do Estado que não reconheciam a estas pessoas quaisquer tipos de Direitos.

Se anteriormente a homossexualidade era vista como maldição, como ato pecaminoso, passa a ser identificada como distúrbio, sendo incorporada como transtorno sexual na Classificação Internacional de Doenças - CID, no ano de 1975. Como patologia que, portanto, deveria ser tratada. Apesar de atualmente já ser uníssono na psi-

---

4 ISNA. Sociedade Americana de Intersexo. **What is intersex?**. Disponível em: <[www.isna.com](http://www.isna.com)>. Acesso em: 25 set. 2020.

5 DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: O preconceito e a Justiça**. 5ª Ed. Revista dos Tribunais. Barra Funda, SP. 2012.

quiatria bem como na psicologia que a homossexualidade não é uma patologia, haja vista que no ano de 1995 deixou de fazer parte da CID perdendo o sufixo “ismo” que quer dizer doença e adotando o sufixo “dade” que define jeito de ser, isso dez anos após indicação da OMS quanto ao fato de não ser a homossexualidade uma doença<sup>6</sup>, ainda há pessoas que apontam o caminho de tratamentos tanto com medicamentos quanto com terapia para “curar” a homossexualidade.

Por muito tempo a homossexualidade foi considerada uma perversão, ou seja, um desvio psiquiátrico relacionado a sexualidade. Porém, diversos estudiosos da mente humana e dos fenômenos a ela relacionados como Sigmund Freud já assinavam para o fato de não se tratar de um quadro de distúrbio, e sim de uma manifestação da sexualidade. Freud adota a teoria de que todos os seres humanos, bem como os animais, são aprioristicamente bissexuais, sendo uma predisposição biológica ora para o sexo oposto, ora para o mesmo sexo<sup>7</sup>.

Há ainda estudos, especialmente no campo da antropologia que apontam a homossexualidade, como uma questão influenciada também por aspectos culturais, assim como os demais aspectos da subjetividade humana como identidade e prática sexual. Independentemente de ser algo biologicamente determinado ou socialmente influenciado o fato é que definitivamente a homossexualidade não está no campo das patologias.

No ano de 1973, a Associação Psiquiátrica Americana - APA, retirou da homossexualidade da lista de doenças mentais. No Brasil, no ano de 1985, o Conselho Federal de Medicina - CFM, retirou a homossexualidade da condição de desvio sexual. O Manual Diagnóstico E Estatístico de Transtornos Mentais - DSM-IV, também retirou a homossexualidade da classificação de transtorno mental. Neste documento são identificados todos os transtornos mentais por meio de códigos e serve de orientação para a classe médica. Finalmente no ano de 1993, a Organização Mundial da Saúde - OMS, retirou o termo homossexualismo e adotou a expressão homossexualidade.

Em 1995, a última versão da Classificação Internacional das Doenças - CID, o termo homossexualismo deixou de constar nos diagnósticos. E houve também no ano de 1999 uma resolução do Conselho Federal de Psicologia - CFP, proibindo qualquer tipo de ação que favoreça a patologização da homossexualidade. No caso da transe-

---

6 MOREIRA, F.; MADRID, D.. **A homossexualidade e a sua história**. ETIC – Encontro de Iniciação Científica - ISSN 21-76-8498, América do Norte, 4 1 12 2009. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/view/1646/1569>. Acesso em 31 out. 2020.

7 ROUDINESCO, Elisabeth e PLON, Michel. **Dicionário de psicanálise**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

xualidade, não houve ainda a retirada do termo do campo das patologias. Sendo ainda considerada uma doença psiquiátrica, em que pese diversos estudos apontarem em outro sentido<sup>8</sup>.

Saliente-se que recentemente essa questão do tratamento para a cura da homossexualidade foi alvo de um projeto de decreto legislativo - PDL 234/2011 (BRASIL, 2013), apresentado por um deputado federal e inclusive aprovado pela Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados - CDHM, isso obviamente por haver na citada comissão uma composição quase total de membros da bancada religiosa, havendo, portanto, um claro movimento religioso no aludido projeto. O objetivo era alterar a resolução do Conselho Federal de Psicologia que faz a proibição do tratamento da homossexualidade, vez que esta não é mais considerada doença tanto pelos psiquiatras quanto pelos psicólogos como já fora dito anteriormente.

Trata-se de movimento que significa verdadeiro retrocesso diante de tudo que já foi discutido, pesquisado e concluído acerca do tema. Tal projeto não chegou a ser votado em plenário pois foi retirado da pauta a pedido daquele que o apresentou, diante de pressões exercidas por órgãos de defesa dos direitos LGBT, como do próprio Conselho Federal de Psicologia, outros parlamentares e de manifestações de civis nas ruas reivindicando o arquivamento dessa verdadeira aberração legislativa.

Com as mudanças sociais sofridas e conseqüente implicações para o homossexual e as relações homoafetivas, além de mudanças no próprio ordenamento jurídico que modificaram a forma de ler-se as leis, levando a uma interpretação mais inclusiva e mais preocupada com a promoção da dignidade do cidadão, houve um razoável avanço no que diz respeito aos direitos dos homossexuais e a tutela das relações homoafetivas.

### 1.1.1. Os números do horror – o preconceito que violenta e mata

Estupros corretivos contra lésbicas. Transexuais que não podem usar banheiros com os quais se identificam. Gays que são xingados desde a infância. A violência contra a comunidade LGBT no Brasil é algo corriqueiro e muitas vezes encarado com naturalidade pela sociedade. Quando se analisa a questão da violência sob a ótica de

---

8 TONINETTE, Marcelo Augusto. **Um Breve Olhar Histórico Sobre a Homossexualidade**. Revista Brasileira de Sexualidade Humana, São Paulo, 01 à 06 de 2006. Disponível em: <http://www.sbrash.org.br/portal/images/stories/pdf/5-rbsh-vol17-2006-n1.pdf#page=37>. Acesso em 27 set. 2020.

teorias feministas e de gênero - Joan Scott<sup>9</sup>, Sara Salih<sup>10</sup> - é notório que as condutas ocorrem em razão da manutenção de estereótipos marginalizados, relacionados a orientação sexual e identidade de gênero. Ou seja, numa ideia hegemônica e padronizada de sexualidade, todo aquele e aquela que não se enquadra, é considerado um desviante e merecedor muitas vezes de condutas agressivas.

O Brasil é o país do mundo que mais mata transexuais, segundo o grupo Transgender Europe, entre 2008 e 2014, foram assassinadas no Brasil 604 travestis e transexuais. Este número coloca o país enquanto o mais transfóbico do mundo. Os crimes são caracterizados por uma violência extrema, como o caso recente de tortura e assassinato de Dandara, amplamente noticiado, pois os assassinos filmaram todo o processo. Isso denota uma total despreocupação com qualquer ideia de punibilidade pelo ato cometido.

Condutas violentas contra essas minorias sexuais é algo endêmico. O site de notícias G1, juntamente com a Delegacia de Crimes Raciais e Delitos de Intolerância - DECRADI - fez um levantamento sobre o mapa da violência no estado de São Paulo. Em dez anos, 465 vítimas fizeram boletins de ocorrência acerca de crimes motivados por homofobia no estado (2017). Importante salientar, que tais números são aqueles que foram registrados em razão da denúncia, havendo ainda os casos que não são denunciados, seja pela opressão social sofrida por tais grupos, ou mesmo pelo cometimento de tais crimes ocorrer por parte de pessoas próximas como familiares.

Assim como a ideia de feminino, o masculino também é construído. Logo, há formas pelas quais o indivíduo se reconhece e é reconhecido como homem: o perfil traçado pela mídia, o reconhecimento do grupo e a reação despertada<sup>11</sup>. A ideia de masculinidade é algo que supera de maneira clara o indivíduo homem. E isso é um vetor de violência contra grupos que coloquem - ainda que meramente por serem da maneira que se identificam - algum tipo de questionamento a essa dita masculinidade.

Tal análise vai no sentido que, este indivíduo não é, a priori, detentor dessa masculinidade. Na verdade, ele é desde sempre formado para atender aos ditames que essa ideia social estabelece. Não se tem apenas um tipo de homem, e, portanto, seria lógico não se ter apenas um formato de masculinidade. Entretanto, a prática cultural alicerçada em uma série de signos e significantes estrutura uma realidade na

---

9 SCOTT, Joan. Tradução: Christine Rufino Dabat. Maria Betânia Ávila. **Gênero: uma categoria útil para análise histórica**. Revista Educação e Realidade. 1998.

10 SALIH, S. **Judith Butler e a Teoria Queer**. Belo Horizonte: Autêntica. 2012

11 KORIN, Daniel. **Nuevas perspectivas de género en salud**. Revista Adolescencia Latinoamericana. Volume 2. Nº 2.2001.

qual só é reconhecido e reverenciado enquanto homem - detentor dessa ideia quase mítica de masculinidade - aquele que segue o que esta estabelece. Assim cria-se a ideia de uma masculinidade hegemônica. Neste sentido assevera Robert W. Connell e James W. Messerschmidt,

A masculinidade hegemônica se distinguiu de outras masculinidades, especialmente das masculinidades subordinadas. A masculinidade hegemônica não se assumiu normal num sentido estatístico; apenas uma minoria dos homens talvez a adote. Mas certamente ela é normativa. Ela incorpora a forma mais honrada de ser um homem, ela exige que todos os outros homens se posicionem em relação a ela e legitima ideologicamente a subordinação global das mulheres aos homens.<sup>12</sup>

Deste modo o que se vivencia é uma masculinidade hegemônica que determina padrões muito fechados do “ser homem” e tais padrões passam não só por condutas dos homens em relação a si mesmo, mas especialmente no desprezo por tudo que faz referência ou contato com o feminino. É exatamente na ideia de uma inferioridade presumida da mulher em relação a todo e qualquer homem - e a própria ideia de masculino enquanto essência - que serve de base para se justificar a conduta perniciososa de homens em relação as mulheres, aos transexuais e aos homossexuais. Pois, quando um homem se aproxima da ideia de feminino - seja por estilo de roupa, forma de falar ou pelo ato de estar com outro homem – ele está colocando em xeque toda a ideia de masculinidade e, portanto, merece ser marginalizado, quando não eliminado.

## **2. CRIME DE HOMOTRANSFOBIA - A DECISÃO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SEUS DESDOBRAMENTOS**

O Supremo Tribunal Federal - STF no ano de 2019 decidiu em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão - ADO, pela adequação típica de condutas homotransfóbicas ao crime de racismo. Ao analisar a omissão do Poder Legislativo sobre o tema, entendeu que condutas odiosas contra pessoas em razão de sua identidade sexual ou de gênero estão abarcadas pela ideia de racismo em seu viés social.

A sociedade é estritamente composta de pessoas relacionadas por características físicas, culturais, sociais, econômicas ou religiosas que, em detrimento à sua vulnerabilidade social, carecem de voz, razão pela qual faz-se necessário da intervenção da tutela especial dos direitos humanos. Neste sentido, tem-se que as pessoas

---

12 CONNELL, Robert W.; MESSERSCHMIDT, James W.. **Masculinidade hegemônica: repensando o conceito**. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, v. 21, n. 1, p. 241-282, maio 2013. ISSN

marginalizadas são nitidamente tratadas como grupo de vulneráveis, que tem seus direitos humanos mais facilmente violados, ou são referidas como minorias, consideradas inferiores e discriminadas pelos grupos majoritários.

No Brasil, há uma busca pela proteção das minorias através da via do Direito Penal, e do mesmo modo, apesar da inquestionável vulnerabilidade de toda população que não se propõe a viver sobre o binarismo de gênero, a homotransfobia não era tratada como crime.

A sociedade evoluiu e, com ela, as regras que compõem o ordenamento jurídico devem seguir essa evolução. Neste sentido, felizmente, a homossexualidade não pode mais ser considerada como doença ou distúrbio mental, uma vez que se trata da orientação sexual das pessoas, que devem ter seu direito à liberdade de expressão protegido. Assim, a homofobia é uma violação do direito humano à liberdade de expressão individual e configura comportamento discriminatório, preconceituoso e imoral.

Ademais, a Constituição Federal, que traz a dignidade humana como seu fundamento precípua, assegurou a todas as pessoas a liberdade para viver da melhor forma que escolher, bem como a igualdade, que exprime que todos devem ser tratados iguais, sem quaisquer distinções, proibido ainda a discriminação de qualquer natureza, assegurando, distinção quando houver comportamento social injusto e injustificado, devendo buscar na lei e na sua melhor aplicação, a igualdade material, como meio de proteção do grupo vulnerável, no caso em tela, a população LGBTI+.

Sendo assim, diante do modelo de Estado Democrático de Direito, o Estado brasileiro tem o papel de atuar de forma ativa para combater a discriminação e o preconceito, bem como impedir práticas sociais e ações particulares que violem a dignidade de integrantes de grupos vulneráveis e humilhados, *in casu*, os LGBTI's.

Neste sentido, a Suprema Corte Brasileira, com o intuito de trazer uma resposta às práticas homotransfóbicas que ocorrem de maneira exacerbada no país, ante a omissão do Poder Legislativo em regular a matéria, legislou, de forma atípica, sem usurpar a função primordial do referido poder.

Em suma, o Supremo Tribunal Federal Brasileiro determinou, por oito votos favoráveis e três contrários, que a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero passe a ser considerada uma prática criminosa e, assim, aprovou o uso da lei de racismo para punir a homofobia e a transfobia.

Dos onze ministros do Supremo Tribunal Federal, dez reconheceram a demora inconstitucional do Legislativo em tratar do tema e, diante de tal omissão do Poder

Legislativo, determinou-se que a conduta de homofobia e transfobia passe a ser punida pela Lei de Racismo - Lei nº 7.716/89 - que prevê crimes de discriminação ou preconceito por “raça, cor, etnia, religião e procedência nacional”.

Como fundamento do pedido de aplicação da lei antirracismo aos casos de homotransfobia, os autores da ADO nº 26 e MI nº 4733 recorreram à teoria do racismo social, referenciada no debate jurídico brasileiro a partir do “Caso Ellwanger”. Através do reconhecimento do precedente esposado no Habeas Corpus n.º 82.424/RS, que consagra a ideia de racismo social, permitindo que agora se estabeleça a incriminação da homotransfobia, nos preceitos legais apontados na lei de racismo, justamente em face do reconhecimento preliminar da omissão legislativa.

Em suma, Ellwanger foi denunciado pelo Ministério Público pela prática do tipo penal previsto no art. 20 da Lei nº 7.716/89, por escrever, divulgar e vender livros que negavam o Holocausto e atribuíam características negativas aos judeus. Em que pese a absolvição em primeira instância, houve a reforma da sentença pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, com sua condenação a dois anos de reclusão, pelo crime de racismo. Não obstante, Ellwanger impetrou *habeas corpus* perante o Supremo Tribunal de Justiça, contudo, sem êxito. Posteriormente, impetrou novo *habeas corpus*, perante do Supremo Tribunal Federal, nº 82.424/RS, que foi denegado.

Com efeito, este julgamento gerou um debate sobre o alcance dos conceitos de raça e racismo, bem como dos limites da liberdade de expressão. Em suas alegações, Ellwanger pretendia afastar a imputação do delito de racismo, sob argumento de que os judeus não constituem uma raça, mas sim, um povo, o que obstaría sua conduta à lei antirracismo, afastando a cláusula de imprescritibilidade prevista para o crime da prática de racismo, nos termos do art. 5º, XLII, da CRFB/88, que assim dispõe:

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

Lado outro, o Supremo Tribunal Federal contraditou as razões da defesa e manteve sua condenação, a partir da aplicação da tese do racismo social. Nos termos da ementa do julgado, a tese se desenvolve a partir da visão histórico-social do racismo, ultrapassando a definição meramente genética e biológica do fenômeno. Com a comprovação científica de inexistência de diferenças genéticas ou biológicas relevantes entre indivíduos de cores e etnias diferentes, o racismo só pode ser compreendido a partir dos conceitos etimológicos e sociológicos.

Ainda, a Suprema Corte afirma que restringir o racismo à cor da pele ou fenótipo carece de lógica, uma vez que as teorias racistas não tem fundamentação biológica, se tratando de meras manipulações discursivas que visam impor uma distância entre as classes dominantes e dominados.

Nesse sentido, o julgamento do caso trouxe, no âmbito jurídico, a solidificação de racismo enquanto um fenômeno sociológico e historicamente construído. Nas palavras de Guilherme Nucci (2017, p. 758):

[o julgamento] Abre precedente para que o termo racismo seja o gênero do qual se espelham as demais espécies de preconceito e discriminação, como cor, origem, etnia e, inclusive, ilustrando, por orientação sexual. [...] Se racismo é a mentalidade segregacionista não há dúvida de que se deve proteger todos os agrupamentos sociais, independentemente de padrão físico ou ascendência comum.

Ainda, de acordo com HC 82.424/RS, que afirmou que o antissemitismo é conduta racista ao aduzir que racismo é a inferiorização de um grupo social relativamente a outro, o STF partiu da constatação de que a CF (artigo 3º, IV) e a Lei Antirracismo falam em “raça” e “cor” em palavras diferentes, então, para o racismo não tornar crime impossível, pela unicidade biológica da humanidade, afirmou-se ser conceito político-social - histórico, antropológico e sociológico.

Outrossim, o conceito de raça seria gênero que abarca, como espécies suas, diversas formas de discriminação perpetradas na sociedade, inclusive aquelas que tem como alvo a comunidade LGBTI’s.

Por conseguinte, tem-se o conceito constitucional de racismo, firmado pelo STF na tese fruto do julgamento que reconheceu a homotransfobia como tal (ADO 26 e MI 4.733):

“3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito”.

Dessa maneira, a criminalização de tais práticas por intermédio da aplicação da Lei nº 7.716/89 representaria a efetivação do mandamento constitucional previsto no inciso XLII, do artigo 5º, da Constituição Federal. O viés social do racismo é ratificado a nível internacional, por meio de um sistema universal de proteção aos direitos humanos.

Os grupos minoritários, no caso em tela, as minorias sexuais, tendo o direito a não discriminação quanto à orientação sexual amparado pelo legislador e havendo o reconhecimento constitucional de suas relações, terão, efetivamente, sua inclusão democrática e o tratamento igualitário e protetivo.

Ainda, se o conceito constitucional de racismo é uma construção sociopolítica, onde a configuração de racismo se dá com toda situação de inferioridade de um grupo social sobre outro, conforme definido pelo STF no julgamento do HC 82.424/RS, não há razões para não incluir os atos de violência praticados contra a minoria LGBT como atos de racismo.

### **3. DISCURSO HOMOTRANSFÓBICO ENQUANTO CRIME - A NEGATIVA DO OUTRO ENQUANTO VIOLAÇÃO DE DIREITOS**

O direito à liberdade de expressão é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, além de ser protegido pela Constituição Federal como um direito fundamental da pessoa, liberdade essa consistente na exteriorização da manifestação do pensamento individual. Contudo, quando dissipada por grupos ou por meios de maior alcance, transforma-se, notoriamente, em ferramentas de preconceito e repressão.

Segundo Maria Helena Diniz<sup>13</sup>, os direitos fundamentais são aqueles inerentes à pessoa, cujas características são a indisponibilidade, a impenhorabilidade, a universalidade, a imprescritibilidade, além de serem considerados absolutos e irrenunciáveis.

Por conseguinte, o direito à liberdade de expressão possui extrema relevância ao se pensar em um estado democrático, bem como os pilares da dignidade a qualquer pessoa, conforme muito bem assevera Sérgio Cavalieri<sup>14</sup>, consiste no “direito de expor livremente uma opinião, um pensamento, uma ideia, seja ela política, religiosa, artística, filosófica ou científica”

---

13 DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1, p. 131.

14 CAVALIERI, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 122.

Nos termos do artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal, é dever do Estado “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” Neste sentido, conclui-se que é atribuído ao Estado a intervenção em manifestações que atentem contra a dignidade humana, principalmente, em relação a etnia, sexo, identidade e raça.

Em que pese tratarmos de temáticas relacionadas ao sexo e identidade, a Constituição não traz essa previsão da sexualidade e gênero de forma direta em seu texto. Contudo, a referida situação não é somente no ordenamento jurídico brasileiro, considerando que, conforme dados do site *Los Angeles Time*, apenas 09 países mencionam especificamente a orientação sexual em suas constituições como base para proteção contra a discriminação. Ainda, há 08 países onde uma pessoa pode ser condenada à morte por participar de atividade sexual consensual com alguém do mesmo sexo.

Lado outro, há 72 países possuem leis que proíbem a discriminação no local de trabalho devido à orientação sexual de uma pessoa e 86 países tem instituições nacionais de direitos humanos que incluem a orientação sexual nas questões que tratam.<sup>15</sup>

Indubitavelmente, uma das formas de propagação e de atentado aos bens jurídicos supracitados, é o discurso de ódio, conceituado por Mayer-Pflug<sup>16</sup> que esse tem como alvo de discriminação grupos minoritários, já que “não se confunde com o insulto individual, ou seja, com a difamação de um determinado indivíduo em particular, mas sim com o insulto a um determinado grupo ou classe” e, por esse motivo que o discurso do ódio não se amolda aos delitos contra a moral e honra, tipificados no Código Penal.

Neste sentido, o discurso de ódio perpassa a ideia de configuração apenas por transmissão de palavras, exclusivamente pela fala, mas é possível que seja manifestado por outros atos, tais como: gestos, imagens e demais ações discriminatórias, exigindo, para sua configuração, a externalização e o teor discriminatório.

Cumprе ressaltar que o discurso de ódio é, em diversas vezes, confundido com o direito à liberdade de expressão e, as tentativas de justificativa a tal entendimento é que as pessoas que difundem tais ódios gratuitamente estariam no exercício da sua liberdade de expressão. Contudo, há limitações constitucionais existentes a esse direito, considerando que se não fosse nesse sentido, teríamos a prevalência da liber-

---

15 SIMMONS, Ann M. **Seven striking statistics on the status of gay rights and homophobia across the globe.** 2017. Disponível em <<http://www.latimes.com/world/la-fg-global-gays-rights-report-20170515-htmlstory.html>>. Acesso em: 31 out. 2020.

16 MAYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 97.

dade de expressão sobre a dignidade dos ofendidos, de tal modo que “a aceitação de discursos do ódio legitimaria a competição entre eles, sempre com a crença de que o melhor discurso prevaleceria, cabendo aos ofendidos aguentar a rudeza da violência levada a efeito”.<sup>17</sup>

Um exemplo de limitação da liberdade de expressão foi o caso já mencionado no título anterior, sobre o escritor Ellwanger, condenado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por cometer o crime de racismo ao escrever e publicar diversos livros com conteúdo antissemita, negando a ocorrência do holocausto e atribuindo características negativas aos judeus. No Supremo Tribunal Federal, o pedido Habeas Corpus (HC nº 82424) foi negado e a condenação de quase dois anos de reclusão foi mantida.

Sob o enfoque de que o discurso do ódio é o ataque discriminatório às pessoas que fogem dos padrões heteronormativos, bem como a qualquer minoria seja ela étnica, cultural ou religiosa, fato notório é que com o advento de novas tecnologias, isso tem atingido proporções mundiais com o uso, por exemplo, de redes sociais e meios midiáticos, com números alarmantes e preocupantes.

Ainda, considerando que não há uma norma que criminalize o discurso de ódio em particular no ordenamento jurídico, cada caso deve ser analisado individualmente, com o intuito de evitar que o abuso do direito de liberdade de expressão não extrapole as garantias constitucionais.

Neste sentido, o respeito às diversidades existentes entre cada ser humano constitui o fundamento de uma sociedade democrática que, como tal, identificando a singularidade de cada pessoa e a complexidade que disso resulta, garante-a os direitos e as condições que, de fato, são inerentes a qualquer sujeito.

Para além, o direito à vida privada e à intimidade é relacionada a relações afetivas, profissionais, familiares, podendo afirmar que a orientação sexual e a identidade de gênero, ainda que de maneira correspondente, são incluídas nesses direitos, os quais também são invioláveis, cabendo repúdio a todo e qualquer ato que suprima os mesmos.

Nessa lógica, notoriamente o Brasil vive em uma ideologia alicerçada na hierarquização das sexualidades, em que a hetero-cis-sexualidade é definida como principal e dominando, contribuindo, de forma intensa, para o aumento da hostilidade à

17 FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe de. **Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão.** In: Revista Sequência, n. 66, p. 327-355, jul. 2013. Disponível em: <<http://200.145.6.238/bitstream/handle/11449/110241/S2177-70552013000100014.pdf> sequence=1&isAllowed=y >. Acesso em: 31 out. 2020.

comunidade LGBT. Assim, tem-se uma clara forma de violência, materializando-se verbalmente, fisicamente ou simbolicamente, com o intuito e pretensão de designação e negatificação do outro, atribuindo-o como inferior, anormal e contrário, igualmente como ocorre com o racismo e antissemitismo.

Outrossim, no momento em que esses sujeitos decidem e optam por não responder mais às imposições comportamentais de uma cultura que privilegia o padrão heteronormativo e cisonormativo, há a efetivação de diversos tipos de ataques como pelo discurso do ódio, pois como Thiago Dias Oliva<sup>18</sup> assevera:

[...] ao reproduzir de forma extrema a ideologia do heterossexismo, o discurso do ódio funciona como forma de exteriorização da homofobia. Deste modo, contribui para a sua propagação e para a formação de uma atmosfera ameaçadora e intimidatória contra a população LGBT.

Desta forma, o discurso de ódio homofóbico é um ato discursivo, configurado com uma das modalidades de instrumentalizar a homotransfobia, além de apresentar um potencial fonte de transformação em várias outras maneiras de violência, bem como de permitir a manutenção de discriminação, com afirmação, do enraizado modelo heterossexista na sociedade brasileira e, com isso, impedindo o acesso da minoria sexual à direitos básicos.

Cumprе ressaltar que o Supremo Tribunal Federal tem exercido sua função contramajoritária ao dar amparo às minorias ante as dificuldades encontradas, materializando direitos fundamentais garantidos constitucionalmente. Ademais, tal mecanismo possui relevante importância para impedir que a democracia se transforme em uma tirania da maioria, ou até mesmo em uma necropolítica.

A tentativa do uso do punitivismo estatal se reveste de um aparente caráter transgressor, eis que se consubstancia na elaboração de legislações penais específicas para proteger grupos vulneráveis. A princípio, parece uma investida contra as estruturas sociais opressoras. Por meio das demandas criminalizadoras, as minorias pretendem redistribuir o desequilíbrio punitivo em relação às classes dominantes, que gozam de imunidade perante o sistema punitivo.

A demanda por criminalização dos discursos de ódio homofóbicos levantada pelo movimento LGBT parte do pressuposto que os cidadãos que não vivenciam uma orientação sexual ou uma identidade de gênero conforme a norma heterossexual não são tratados com igual respeito e consideração pelo Estado brasileiro e pelos concidadãos.

---

18 OLIVA, Thiago Dias. **Minorias sexuais e os limites da liberdade de expressão: o discurso de ódio e a segregação social dos indivíduos LGBT no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 58.

Ainda neste sentido, a busca pela criminalização da homofobia surge justamente face a discursos e práticas discriminatórios que são embasados por leituras de inferiorização e subordinação de grupos cujas práticas sexuais e identidades de gênero são vistas como pecaminosas e imorais.

Contudo, a discussão a respeito de qual é a resposta jurídica legítima e adequada aos discursos de ódio em Estados Democráticos de Direito tem sido polarizada por concepções distintas. De um lado se encontram aqueles que acreditam que o discurso de ódio é espécie legítima de discurso e que, portanto, deve ser protegido de modo absoluto pelo Estado, em razão da garantia da liberdade de expressão e de consciência, não podendo ser limitado de maneira alguma, independentemente de seu conteúdo.

Lado outro, encontram-se aqueles que, como nós, pensam que o discurso de ódio pode e deve ser regulado por se tratar de incitamento ou encorajamento ao ódio, à discriminação ou hostilização de um indivíduo em razão de pertencimento a determinados grupos identitários, étnico-raciais, sociais, históricos, culturais e religiosos.

Para além, quando um governo promulga ou mantém um determinado conjunto de normas e não outro, é muito previsível que uma parcela da sociedade tenha suas condições de vida pioradas devido a opção feita ou rechaçada pelo governo. A população LGBT não visa a obtenção de privilégios, mas sim a manutenção de direitos básicos que lhe são negados por conta de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

A naturalização da violência e do discurso de ódio voltada a população LGBT é assustadora, e essa decisão só serviu para reafirmar isso, mostrando ser possível segregar uma minoria inclusive pelas vias judiciais. É a homofobia disfarçada de liberdade de expressão, que contribui para o alastramento da situação crítica que muitos homossexuais vivem.

Insta salientar que, se anteriormente à criminalização da homotransfobia, o discurso de ódio, pela própria lei geral, bem como sua definição, já era suficiente para classificar a manifestação violenta contra a referida população LGBT, considerando tratar-se de um ato punível e limitador da liberdade de expressão exatamente por não se enquadrar em liberdade, mas, nitidamente, um abuso de direito, com a decisão do Supremo Tribunal Federal, tem-se uma maior força e impulso, haja vista que o ato em si foi criminalizado.

Desta forma, se o ato discriminatório se enquadra na categoria de racismo e por isso é crime, o discurso de ódio contra essa população ele tem que ser especialmente

visualizado e analisado à luz da criminalização. A própria maneira analisar o ato é alterada pela decisão do STF, isso porque tínhamos a visão do ato como uma mera expressão/discurso. Entretanto, quando a conduta homotransfóbica é criminalizada, torna-se necessário remontar essa leitura, com o intuito de combater criminalmente práticas e discursos de ódio homofóbicos, haja vista que o conceito de racismo ultrapassa aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos e alcança a negação da dignidade e da humanidade de grupos vulneráveis.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente artigo analisou a decisão do Supremo Tribunal Federal ao reconhecer que a homotransfobia é crime de racismo diante de seu conceito político e social e não estritamente biológico, considerando a homofobia como uma espécie de discurso de ódio e, portanto, prática ofensiva ao tratamento com igual respeito e consideração no Estado Democrático de Direito.

Dentre as várias formas abusivas do uso da liberdade de expressão, o presente estudo abordou a questão do discurso de ódio, focando na sua conceituação e formas de incidências, bem como consequências. Os meios vistos foram o discurso de ódio através do racismo, no âmbito político, e no ambiente virtual. Nos mostrando que ele está cada dia mais presente.

Com suas raízes na heteronormatividade, seus atos excludentes e preconceituosos recorrem à utilização de violência tanto física quanto verbal para reprimir o que foge do padrão sexual aceito como adequado. Além disso, busca transformar o ser humano em uma coisa, isto é, em um objeto desprovido de direitos e interesses.

É preciso relembrar as raízes essencialmente libertárias do movimento LGBT, para que se construa uma agenda de promoção da cidadania das minorias sexuais sem se deixar seduzir pelo poder punitivo, mecanismo de controle das classes subalternas e que tem como base a vingança e o castigo. Entendemos que a população LGBT apenas gozará de sua cidadania plena quanto atingir a posição de sujeito de direito, subvertendo a posição de vítima da violência patriarcal e institucional que lhe é designada no sistema de justiça criminal brasileiro.

Os aspectos penais de tais condutas são respaldadas por outras normas previstas no Código Penal brasileiro, tais como: apologias à crimes, crimes contra a honra, contra a moral e a imagem, quando houver violação desses bens em tais discursos. Porém, a simples criminalização por si só não basta para atingir a justiça quando esse atenta à um grupo específico, pois o problema é endêmico e encontra-se

arraigado, mostrando-se essencial a implementação de políticas públicas multifacetadas, abarcando desde uma criminalização adequada, mas também voltada à conscientização e aceitação da diversidade.

## REFERÊNCIAS

BAHIA, Alexandre Melo Franco. **A não discriminação como direito fundamental e as redes municipais de proteção a minorias sexuais - LGBT**. Revista de Informação Legislativa, a. 47, n. 186 abr./jun. 2010, pp. 89 -106.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Ação Direta De Inconstitucionalidade Por Omissão**. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>>. Acesso em 30 out. 2020.

\_\_\_\_\_. **STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa**. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?i-dConteudo=414010>>. Acesso em 30 out. 2020.

\_\_\_\_\_. **Habeas Corpus nº 82.424-2 RS**. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/399\\_Ellwanger%20%20Voto%20Marco%20Aurelio.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/399_Ellwanger%20%20Voto%20Marco%20Aurelio.pdf)>. Acesso em 30 out. 2020.

CARRARA, Sérgio. **Políticas e direitos sexuais no Brasil contemporâneo**. Revista Bagoas, nº 05, 2010, pp. 131-147. Disponível em: Acesso em: 16 ago. 2019

CAVALIERI, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 122.

CONNELL, Robert W.; MESSERSCHMIDT, James W.. **Masculinidade hegemônica: repensando o conceito**. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, v. 21, n. 1, p. 241-282, maio 2013.

CORBO, Wallace. **Racismo sem raça? Criminalização da homotransfobia e a invisibilização da negritude**. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/racismo-sem-raca-criminalizacao-da-homotransfobia-e-a-invisibilizacao-da-negritude27052019fbclid=IwAR0xO8BvFmn5OwrQteefSrh2p0qAl47v8LgQNJVjgbdff1d8woA2z mWfc>>. Acesso em 31 out. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: O preconceito e a Justiça**. 5ª Ed. Revista dos Tribunais. Barra Funda, SP. 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1, p. 131.

FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe de. **Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão**. In: Revista Sequência, n. 66, p. 327-355, jul. 2013. Disponível em: <<http://200.145.6.238/bitstream/handle/11449/110241/S217770552013000100014.pdf> sequence=1&isAllowed=y >. Acesso em 31 out. 2020.

ISNA. Sociedade Americana de Intersexo. **What is intersex?**. Disponível em: <[www.isna.com](http://www.isna.com)>. Acesso em 25 set. 2020.

KORIN, Daniel. **Nuevas perspectivas de género en salud**. Revista Adolescencia Latinoamericana. Volume 2. Nº 2.2001.

MAYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 97.

MOREIRA, F.; MADRID, D.. **A homossexualidade e a sua história**. ETIC – Encontro de Iniciação Científica - ISSN 21-76-8498, América do Norte, 4 1 12 2009. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/view/1646/1569>. Acesso em 31 out. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

OLIVA, Thiago Dias. **Minorias sexuais e os limites da liberdade de expressão: o discurso de ódio e a segregação social dos indivíduos LGBT no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 58.

ODINESCO, Elisabeth e PLON, Michel. **Dicionário de psicanálise**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

RODRIGUEIRO, Daniela; PALUMBO, Lívia. **A homotransfobia como crime de racismo social e o julgamento da suprema corte brasileira**. Revista de Direitos Humanos e Efetividade. E-ISSN: 2526-0022. Belém. 2019.

SALIH, S. **Judith Butler e a Teoria Queer**. Belo Horizonte: Autêntica. 2012

SCOTT, Joan. Tradução: Christine Rufino Dabat. Maria Betânia Ávila. **Gênero: uma categoria útil para análise histórica**. Revista Educação e Realidade. 1998.

SIMMONS, Ann. **Seven striking statistics on the status of gay rights and homophobia across the globe**. 2017. Disponível em <<http://www.latimes.com/world/la-fg-global-gays-rights-report-20170515-htmlstory.html>>. Acesso em 31 out. 2020

SUTTER, Matilde Josefina. **Determinações e Mudança de Sexo - Aspectos Médico-legais**. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 1993.

TONIETTE, Marcelo Augusto. **Um Breve Olhar Histórico Sobre a Homossexualidade**. Revista Brasileira de Sexualidade Humana, São Paulo, 01 à 06 de 2006. Disponível em: <http://www.sbrash.org.br/portal/images/stories/pdf/5-rbsh-vol17-2006-n1.pdf#page=37>. Acesso em 27 set. 2020.

# LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO: “IMMINENT LAWLESS ACTION” E OS ATOS DE FALA

Matheus Henrique Evangelista Felício<sup>1</sup>

## RESUMO

Muito se discute sobre a tensão entre liberdade de expressão e discursos de ódio, em estabelecer limites que determinado discurso deve ter. A partir do julgamento do caso *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969), a jurisprudência americana aplica o entendimento de que, para restringir os discursos odiosos, é necessário a “imminent lawless action” (ação ilegal iminente) contra aqueles afetados pelos discursos. De certo modo, para esse paradigma, há uma separação entre discurso e ação. Noutro sentido, uma certa escola da filosofia da linguagem, ancorada em J. L. Austin, assevera que há discursos, como os performativos, onde falar é agir, ou seja, a linguagem, por si só, é uma forma de agir sobre o interlocutor e o mundo, é uma ação, intersubjetiva, denominada atos de fala. Baseado nisto, conclui-se que a Suprema Corte falha em somente restringir os discursos que possuem convocação a atos ilegais, pois todo discurso odioso, independentemente se convoca ou não os atos ilegais, já é prático, ou seja, capaz de gerar nos receptores conteúdos degradantes, humilhantes e que condicionam à manutenção da estrutura social violando, no sentido mais lato, a igualdade, a dignidade e a autonomia.

## INTRODUÇÃO

A complexidade da sociedade e dos valores morais ou éticos se intensificou na modernidade, naquilo que Max Weber denominou de “desencantamento do mundo”<sup>2</sup>: os valores não estão submetidos a uma metafísica que nos orienta a como agir, mas na imanência da sociedade. Neste pano de fundo que a tensão entre discurso de ódio e liberdade de expressão se instaura, pois, os valores de “liberdade” e “respeito ao próximo” se chocam a partir de configurações específicas de determinada sociedade.

- 
- 1 Mestrando em Filosofia do Direito na UFMG, bolsista do CNPq (Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico). Graduado em Direito pela UFLA. E-mail: mhefelicio94@gmail.com
  - 2 WEBER, Max. **Reflexão intermediária** - Teoria dos níveis e direções da rejeição religiosa do mundo. In: BOTELHO, André (org.). **Sociologia essencial**. São Paulo: Penguin/Companhia das Letras, 2013, p. 506-552.

O exemplo mais evidente é a tradição norte-americana, porque o conceito de “liberdade” resgata uma postura ativa dos cidadãos em face do Estado tal como assegurada pelos “pais fundadores”. Diante desse cenário, quando as discussões tocam a liberdade de expressão, a própria Suprema Corte Norte Americana manifesta-se em conformidade com sua tradição.

No julgamento do caso *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969), entende a Suprema Corte que só se restringe um discurso se ele for capaz de produzir uma convocação a ações ilegais iminentes<sup>3</sup>. Ou seja, somente se um discurso for capaz, de algum modo, gerar nos seus receptores motivos reais, por isso iminente, para realizar ação ilegal (danos físicos) às vítimas do discurso, que se pode restringi-lo. É necessário o “clear and present danger” (perigo claro e iminente) para aquelas vítimas do discurso. Noutras palavras, a jurisprudência americana, implicitamente, divide e distingue discurso e ação. O discurso que não tenha claro e presente perigo deve ser tolerado, por outro lado, aquele capaz de convocar e induzir ações ilegais deve ser reprimido.

Visando contrapor a isso, além da análise político-jurídica da tensão entre liberdade de expressão e discurso de ódio, conforme demonstrado acima, aparece de uma forma indutiva o estudo da linguagem nos quais discursos odiosos são proferidos. A filosofia da linguagem alcançou voos próprios na denominada “virada linguística”, com o objetivo de, com a aclaração dos conceitos, resolver os problemas filosóficos fundamentais. John Langshaw Austin se insere na tradição analítica-pragmática da linguagem, onde a linguagem deixa de ser solipsista e passa a ser intersubjetiva. De forma introdutória, o sujeito pensante deixa de ser analisado por ele mesmo, como Frege e Russell o fizeram, mas insere sua linguagem em um contato entre pessoas. A linguagem é uma prática social e não se reduz, um estudo dela por ela mesma. Desse modo, J. Austin nos conduz a duas classificações iniciais, entre enunciados constativo e performativo. Aquele descreve algo do mundo, este, com a fala, cria uma realidade, realiza uma ação. Ou seja, quando se diz “Eu te perdo”, está realizando a ação denotada pelo verbo (perdoar). Tais enunciados apresentam três funções quando proferidos. A locucionária (se refere a conteúdos gramaticais do enunciado), a ilocucionária (refere-se à realidade criada por tal enunciado [performativo]) e a perlocucionária (refere-se aos efeitos e sentimentos gerados no receptor de tal enunciado). Assim, no nosso caso, concluí que discursos de ódio são falas que conseguem criar uma realidade do qual se espera com ele (performativo), criando conteúdos degradantes, humilhantes e que condicionam à manutenção da estrutura social violando,

---

3 «*Brandenburg v. Ohio*.» Oyez, [www.oyez.org/cases/1968/492](http://www.oyez.org/cases/1968/492). Acesso em: 18 Agosto de 2020.

no sentido mais lato, a igualdade, a dignidade e a autonomia. Quando se pronuncia “negros devem voltar para a África<sup>4</sup>” ou “aparelho excretor não reproduz<sup>5</sup>”, de algum modo cria uma realidade com a fala gerando efeitos práticos, conforme os citados acima, às vítimas, mas que é negado pela jurisprudência americana, conforme evidenciado no caso *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969)<sup>6</sup>, por não serem iminentes. Ora, quando o parâmetro é dano, é irrelevante o lapso temporal e, mesmo se fosse, tais efeitos são também imediatos.

Decerto que a democracia garante a liberdade de expressão, sustentarei que, para restringir um ato de fala, não basta apenas o requisito “ação ilegal iminente” ou “claro e presente perigo” conforme sustenta a jurisprudência americana, mas que as *condições de felicidade de fala* proposto por Austin é um parâmetro suficiente, impondo dois principais requisitos para que um enunciado seja performativo. Em apertada síntese: (I) autoridade do falante, e (II) adequação do receptor com o enunciado. Se tal enunciado é “feliz”, considero que deve ser restringindo, pois, geram danos e efeitos práticos às vítimas. Por outro lado, se não é “feliz”, deve ser um discurso tolerado pela democracia.

## 1. SUPREMA CORTE AMERICANA: “CLEAR AND PRESENT DANGER” E “IMMINENT LAWLESS ACTION”

Nas discussões sobre a liberdade de expressão nos Estados Unidos, verificam-se dois paradigmas dos quais eles são influenciados, o *liberal-utilitário* e o *liberal-radical*<sup>7</sup>. Assevera o *liberal-utilitário* que a defesa da liberdade de expressão deve-se dar em sua maximização para o maior número de pessoas, garantindo um livre mercado de ideias e em busca da verdade. Noutras palavras, a verdade só é alcançada em um espaço de livre expressão que seja garantido ao maior número de pessoas possíveis. Sustenta o *liberal-radical*, ou *liberal deontológico*, que a liberdade deve ser assegurada pela noção de neutralidade do Estado. Ao Estado não caberia

---

4 “Personally, I believe the nigger should be returned to Africa, the Jew returned to Israel.” Tradução livre: Pessoalmente, acredito que os negros devem retornar para a África, e os judeus para Israel. Frase extraída do caso *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969), link disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/444/#tab-opinion-1948083>. Acesso em 26 de Ago. 2020.

5 Fala proferida por um candidato a presidência do Brasil, Levy Fidelix, em um debate eleitoral em rede nacional. link disponível em: <https://exame.com/brasil/fala-de-levy-fidelix-gera-polemica-nas-redes-sociais/>. Acesso em: 26 de Ago. 2020.

6 “*Brandenburg v. Ohio*.” Oyez, [www.oyez.org/cases/1968/492](http://www.oyez.org/cases/1968/492). Acesso em: 18 Agosto de 2020.

7 CAVALCANTI FILHO, João Trindade. **O discurso de ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira**: Uma análise à luz da Filosofia política. 2014. 127 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – UNB, pág. 54.

influir sobre o que as pessoas pensem ou querem fazer, portanto, o Estado deve ser neutro para assegurar uma efetiva liberdade de expressão<sup>8</sup>. O autor mais evidente deste paradigma é Ronald Dworkin que, desde *Levando os Direitos a Sério*, preceitua que o Estado deve ceder ante a direitos em sentido forte dos cidadãos<sup>9</sup>, mais que isso, a liberdade de expressão é uma questão de princípio<sup>10</sup>.

João Trindade Cavalcante Filho divide o entendimento da Suprema Corte sobre liberdade de expressão em quatro principais momentos, o (I) “clear and present danger”; (II) “bad intention”; (III) “fighting words” e a (IV) “imminent lawless action”<sup>11</sup>. Apesar da Corte modificar as palavras denotando sentidos diferentes, a gênese única é mantida, ou seja, mantêm-se um paradigma liberal de amplo discurso, seja pelo liberal-utilitário, seja pelo liberal deontológico.

(I) A linha interpretativa da Suprema Corte, no início do século XX, sobre a extensão da mitigação da liberdade de expressão num primeiro momento, é, segundo João Filho<sup>12</sup>, do “*clear and present danger*” (perigo claro e iminente). Significa que “é legítimo o exercício da liberdade de expressão, ainda que possa causar danos a terceiros, desde que com isso não se cause um perigo claro e iminente”<sup>13</sup>. Tal entendimento foi usado desvirtuadamente de modo que qualquer discurso era considerado com perigo claro e iminente. Apesar de sua faceta ampliativa de discurso, o *modus operandi* do “clear and present danger” se mostrou um instrumento restritivo, ensejando uma nova linha de entendimento, da “bad intention” (intenção má).

(II) A “bad intention” (intenção má) “exigia-se (...) que o discurso proibido não só acarretasse um perigo claro e iminente, mas também que fosse revestido de má intenção, uma ação ilegítima” (Ibidem). O entendimento da “bad intention” é nada mais que um complemento ao “clear and present danger”. Um discurso que contivesse perigo claro e iminente, com intenção má, era restringível.

---

8 CAVALCANTI FILHO, João Trindade. **O discurso de ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: Uma análise à luz da Filosofia política**. 2014. 127 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – UNB, pág. 57.

9 DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2020.

10 DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luis Borges. São Paulo: Martins Fontes. 2000.

11 CAVALCANTI FILHO, João Trindade. **O discurso de ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: Uma análise à luz da Filosofia política**. 2014. 127 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – UNB.

12 *Ibidem*.

13 CAVALCANTI FILHO, João Trindade. **O discurso de ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: Uma análise à luz da Filosofia política**. 2014. 127 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – UNB, pág. 57.

(III) Subsequentemente, no caso *Chaplinski vs. New Hampshire* (1942), um discurso era restringível quando “o agente proferisse verdadeiras palavras de conflito”<sup>14</sup>. Novamente, está sempre implícito o critério do “clear and present danger”. Aqui, se considera um discurso restringível se o perigo for claro e iminente que contivesse palavras de conflito (*fighting words*).

(IV) O caso *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969), foi paradigmático. Trata-se de um fazendeiro, Clarence Brandenburg, que convidou um repórter para cobrir um evento da Ku Klux Klan (KKK)<sup>15</sup>. No evento, além de filmarem os membros com trajes específicos da Ku Klux Klan, havia discursos afirmando a supremacia branca, que negros deveriam voltar para a África, e judeus para Israel. Brandenburg foi condenado no Tribunal do Condado de Hamilton e no Tribunal de Apelação de Ohio sob o argumento de que passou dos limites da primeira emenda<sup>16</sup>, causando perigo claro àquelas vítimas de seu discurso. Noutro sentido, a Suprema Corte Americana não acatou tal argumento, afirmando que:

“apesar de suas palavras serem moralmente reprováveis e repulsivas, não se configuraram em palavras de luta (...). Não se admite um juízo baseado no conteúdo do discurso em si. Só se pode limitar a liberdade de expressão quando houver clara e imediata incitação à violência, independentemente do conteúdo das palavras proferidas - uma ação iminente ilegal (*imminent Lawless action*)”<sup>17</sup>

O que a Suprema Corte traz aqui é, a meu ver, uma readaptação da tradição do “clear and present danger”, que de algum modo está implícita, novamente, nesse novo paradigma - *imminent lawless action*. Em ambos os casos, o discurso precisa ser iminente; presente; atual àquelas vítimas dos discursos odiosos. Por isso, considero que as tradições do “clear and present danger” e da “imminent lawless action” se as-

14 CAVALCANTI FILHO, João Trindade. **O discurso de ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: Uma análise à luz da Filosofia política**. 2014. 127 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – UNB, pág. 58.

15 Grupo de extrema direita surgido nos Estados Unidos em 1865 que propaga, principalmente, dentre outros, a supremacia branca e o racismo. Vide: RICHTER, Mariana Patrício; PILÃO, Valéria *et al.* **A construção do contexto histórico do movimento social Ku Klux Klan**. Caderno Humanidades em Perspectivas - v.5 n.3 – 2019, pág. 133 e 134.

16 Primeira emenda da Constituição dos Estados Unidos é onde assegura a liberdade de expressão. Vide: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.” Tradução Livre: O Congresso não deverá fazer lei a respeito de um estabelecimento da religião, ou proibindo seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de expressão, ou imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações e queixas.

17 CAVALCANTI FILHO, João Trindade. **O discurso de ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: Uma análise à luz da Filosofia política**. 2014. 127 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – UNB, pág. 60

semelham mais que diferenciam. Em suma, só é discurso restringível dado sua ação ilegal presente. Se um discurso não contém uma imediatividade, como o considerado no caso Brandenburg, sua restrição não é possível. Em linhas gerais, o que a tradição liberal americana faz é separar discurso de ação. Aqueles discursos com consequências práticas e físicas às vítimas desse discurso são restringíveis. Por outro lado, um discurso sem a possibilidade de efeitos práticos e físicos não são restringíveis. Isso quer dizer que, para o entendimento da Suprema Corte, Brandenburg não “agiu” contra os judeus e negros em suas palavras proferidas na televisão. Para a corte, o seu discurso não gerou consequências práticas.

Nessa toada, João Filho assevera que ambos liberalismos, o utilitário e o de princípio, estão, no caso Brandenburg vs Ohio, incorporados:

Todos os elementos básicos do liberalismo estão nela presentes. A ideia de neutralidade do Estado (não cabe ao Estado definir quais as ideias que são boas ou más, recomendáveis ou abomináveis); a noção de que no livre mercado de ideias (à la Stuart Mill) as ideias verdadeiras irão prevalecer; o princípio de que não cabe ao Estado (no caso, ao Judiciário) realizar julgamento sobre um discurso com base em seu conteúdo, mas apenas em seus efeitos; e, até mesmo, com um pouco de cuidado, pode se perceber subjacente a adoção do princípio da prioridade do justo sobre o bom (deve se permitir a liberdade de expressão por ser justo, devido ainda que, com isso, seja preciso tolerar a propagação de ideias que, segundo a maioria, são prejudiciais à sociedade)<sup>18</sup>.

Isso denota que, nesta perspectiva, o paradigma liberal é uma justificação para um espaço livre de discussão. Em outras palavras, se adéqua o liberalismo ao problema da liberdade de expressão e discursos de ódio, de modo que o dano presente e a ação ilegal iminente são justificativas para corresponder aos anseios liberais americanos, o que leva a incongruências, como uma separação entre discurso e ação, não fazendo sentido na filosofia da linguagem, pelo menos na perspectiva analítica-pragmática.

## 2. FILOSOFIA DA LINGUAGEM: ABORDAGEM DE JOHN LANGSHAW AUSTIN

A tensão entre liberdade de expressão e discursos de ódio necessita, a meu ver, de um estudo sobre a linguagem, porque estamos nos remetendo essencialmente a discursos e falas nas quais necessitam exprimir certo sentido compartilhado de

---

18 CAVALCANTI FILHO, João Trindade. *O discurso de ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: Uma análise à luz da Filosofia política*. 2014. 127 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – UNB, pág. 61

interação e correspondência no mundo fático destas expressões. Os enunciados de fala não estão em um vazio semântico, despidos de sentido e referência, mas estão imbuídos de uma intersubjetividade, em teias arraigadas de sentidos que atuam explícita ou implicitamente naquilo que os indivíduos pensam e agem.

A Filosofia da Linguagem alcançou status como um ramo filosófico na virada linguística, “*linguistic turn*”. Virada Linguística é um termo cunhado por Gustav Bergmann, segundo Richard Rorty, que apresenta a linguagem como instrumento eficaz para resolver os problemas filosóficos centrais. Evaldo Sampaio vai dizer: “Designa-se por “virada linguística” (linguistic turn) a esse novo, digamos, paradigma pelo qual a investigação dos problemas filosóficos é indissociável de um exame da estrutura lógica ou discursiva que os enuncia”<sup>19</sup>. Virada Linguística e Filosofia Analítica integrariam um único movimento histórico-conceptual<sup>20</sup>. Filosofia Pragmática é aquela que está preocupada com a fala em seu contexto relacional, ou seja, a conexão que a fala tem entre falante e o receptor. John Austin pode ser denominado como um filósofo da linguagem analítica-pragmática. Analítica porque preocupa com conceitos e, pragmática, porque trabalha a linguagem como intersubjetiva.

O pragmatismo de Austin, de início, merece atenção pelo modo como se relaciona com as discussões sobre liberdade de expressão e discurso de ódio. Para Austin, a linguagem é contextual, relacionada com a realidade com que expressamos:

(...) quando examinamos o que se deve dizer e quando se deve fazê-lo, que palavras devemos usar em determinadas situações, não estamos examinando simplesmente palavras (ou seus “significados” ou seja lá o que isto for) mas sobretudo a realidade sobre a qual falamos ao usar estas palavras - usamos uma consciência mais aguçada das palavras para aguçar nossa percepção (...) dos fenômenos<sup>21</sup>.

Os discursos de ódio sempre estão submissos a um contexto do ato de fala. Quero dizer que um discurso de ódio não é, no vazio, uma mera retórica, mas pressupõe incorporação de entendimentos, ações sobre a realidade, modificação no pensamento do sujeito receptor, cria realidade, inaugura e exclui paradigmas. Conforme Marcondes entende, a linguagem é uma prática social no qual são inseparáveis a linguagem e o mundo circundante. O ponto central da contribuição de Austin para a

---

19 SAMPAIO, Evaldo. **A virada linguística e os dados imediatos da consciência**. Revista Trans/Form/Ação, Marília, v. 40, n. 2, p. 47-70, Abr./Jun., 2017, pág. 48.

20 *Ibidem*.

21 AUSTIN, *Philosophical Papers*, p. 182 *apud* MARCONDES. Danilo (Prefácio do Livro “Quando dizer é fazer Palavras e Ações do AUSTIN, John, 1990, pág. 10).

filosofia da linguagem é na linguagem como ação, e não em uma representação da realidade<sup>22</sup>.

Austin começa seu livro mais influente, “Quando dizer é fazer. Palavras e Ações”, que, na verdade, é um compilado de palestras ofertadas na Universidade de Harvard, com a distinção entre constativo e performativo. Atos de fala constativo simplesmente constata fatos do mundo real. Ou seja, quando uma pessoa realiza uma compra, eu constato: “esta pessoa comprou”. Isso quer dizer que não foi imputado juízos de valor para este fato, mas que, ao analisar a realidade fática, constato-o. O ato constativo trabalha na rubrica do verdadeiro-falso, pois uma constatação pode ser verdadeira, quando a fala coincide com o fato<sup>23</sup>, ou falsa, quando não coincidem<sup>24</sup>. São falas do tipo: “Está chovendo” “Ele caiu da escada”. Por outro lado, os atos performativos, que segundo Austin teve como pioneirismo Kant em suas investigações sobre a ética e moral, “não se destinam a indicar algum aspecto adicional particularmente extraordinário da realidade relatada, mas são usadas para indicar (e não para relatar) as circunstâncias em que a declaração foi feita, as restrições às quais está sujeita ou a maneira como deve ser recebida ou coisas desse teor”<sup>25</sup>. Ou seja, os atos performativos são aquelas falas que, quando o agente a profere, realiza uma ação. O termo performativo vem do inglês “to perform” que significa: executar ou realizar. São frases que, ao serem proferidas, realizam a ação do verbo. Por exemplo, quando se diz: “Eu te perdoo”, está realizando a ação do verbo “perdoar”. Quando se diz: “Eu te condeno a X de pena”, está realizando a ação do verbo “condenar”. Por isso os atos performativos são aqueles que criam uma realidade nova, não submetendo a rubrica verdadeiro-falso do ato constativo. Não possuindo o objetivo - o ato performativo - de constatar uma realidade, pois ele a cria.

Ao dividir os enunciados em performativo e constativo, Austin se depara com situações nas quais um enunciado é performativo, mas não tem a forma do “eu te perdoo” ou “eu te condeno”. Ou seja, não tem o pronome pessoal “eu”. São enunciados como: “Feche a porta” e “Proibido fumar” que criam realidades, mas sem a forma clássica dos atos performativos. Por isso, Austin coloca sob a rubrica *perfor-*

---

22 MARCONDES, Danilo. Prefácio de “Quando dizer é fazer. Palavras e Ações”. 1990, pág. 10. Trata-se de uma contraposição Austiniana à filosofia da linguagem influente à sua época, em que a linguagem era como instrumento para representar a realidade.

23 Acredito que Austin se refere à verdade como correspondência. Em linhas gerais, verdade como correspondência trata-se de descobrir a verdade dos enunciados através da observação empírica. É verdade aquele enunciado que é representado no mundo fático.

24 AUSTIN, John. **Quando dizer é fazer**. Palavras e Ações. Porto Alegre: Artes Médicas. 1990, pág. 22.

25 AUSTIN, John. **Quando dizer é fazer**. Palavras e Ações. Porto Alegre: Artes Médicas. 1990, pág. 22 e 23.

*mativos explícitos* aqueles que, diretamente, criam uma realidade com a fala, que são os atos performativos em sua essência, e, *performativos implícitos*, aqueles que não há uma performatividade clara, como os citados acima (“feche a porta”, “proibido fumar”). Austin percebe que a distinção entre performativo e constativo se esvazia, e declara que os discursos seriam sempre performativos, pois bastaria acrescentar um enunciado tipicamente performativo (performativo explícito) anterior a um enunciado constativo, p. ex., quando digo: “Está chovendo” ou “Ele caiu da escada”, que sempre o transformaria em performativo, no caso, implícito. Na verdade, estou criando uma realidade afirmando que: “Eu declaro que está chovendo” ou “Eu declaro que ele caiu da escada”. Ao mesmo tempo, um discurso performativo sempre constaria algo, pois mantém uma relação com o fato. Assim, a distinção entre performativo e constativo se exaure, podendo concluir que todo enunciado é uma ação. Toda fala é ação, cria e atua sobre a realidade. Para Austin, deve estender para a totalidade da linguagem a performatividade<sup>26</sup>.

Os atos constativos atuam sob a rubrica do verdadeiro-falso, de modo que os atos performativos atuam na forma de “condições de felicidade” de um ato de fala<sup>27</sup>. Um ato de fala é satisfeito, por isso “feliz”, ou seja, tornado válido, se preenche determinadas condições.

## 2.1. Condições de felicidade de um ato de fala

Austin começa o cap. 3 de “Quando dizer é fazer. Palavras e Ações” denominado “Condições para performativos felizes”, assinalando que os atos performativos não atuam de modo verdadeiro ou falso, afirmando que esta é uma característica da declaração – constativo<sup>28</sup>, conforme já citado. Os performativos atuam na forma de condições para que o enunciado seja verdadeiro, ou seja, nas palavras de Austin:

Além do proferimento das palavras chamadas performativas, muitas outras coisas em geral têm que ocorrer de modo adequado para podermos dizer que realizamos, com êxito, a nossa ação. Quais são essas coisas esperamos descobrir pela observação e classificação dos tipos de casos em que algo *sai errado* e nos quais o ato - isto é, casar, apostar, fazer um legado, batizar, etc. - redunde, pelo menos em parte, em fracassar. Em tais casos não devemos dizer de modo geral que o proferimento seja falso, mas malgrado<sup>29</sup>.

26 MARCONDES, Danilo. **Textos Básicos de Linguagem**: De Platão a Foucault. Rio de Janeiro: Zahar. 2010. Pág. 75.

27 AUSTIN, John. **Quando dizer é fazer**. Palavras e Ações. Porto Alegre: Artes Médicas. 1990, pág. 29.

28 *Ibidem*.

29 AUSTIN, John. **Quando dizer é fazer**. Palavras e Ações. Porto Alegre: Artes Médicas. 1990, pág. 30.

Um discurso é malogrado quando é infeliz, por isso, Austin denomina *doutrina das infelicidades*. Isso quer dizer que o discurso performativo precisa estabelecer certas “condições de validade” para que ele seja feliz, ou seja, para que ele tenha êxito em tal empreendimento.

Austin enumera condições para que um ato de fala seja “feliz”. Dentre elas, enfatiza duas principais que, conjuntamente, servem ao nosso propósito. (I) As intenções e autoridade do falante<sup>30</sup>, e (II) “as pessoas e circunstâncias particulares, em cada caso, devem ser adequadas ao procedimento específico invocado”<sup>31</sup>.

No item (I), quer dizer que um agente que profere um enunciado, por exemplo, “Eu te condeno a X de pena”, deve ter autoridade. Isso quer dizer que não é aberto a qualquer pessoa enunciar tal frase. Tal pessoa pode até dizer, mas será um ato performativo infeliz, pois faltará autoridade para quem enuncia. Somente enuncia tal fala, com felicidade, um juiz. Ele teria, neste caso, autoridade em submeter determinada pessoa a uma pena. As intenções de um falante referem-se ao seu interesse em enunciar determinado enunciado com o fim de que os “participantes” se conduzem daquela maneira intencionada<sup>32</sup>.

No item (II), quer dizer que os receptores dos atos de fala (performativos) devem ser adequados ao enunciado proferido. No mesmo exemplo acima, não faz sentido o juiz proferir: “Eu te condeno a X de pena” à uma testemunha na audiência, pois não é ela que está sob acusação e sim, o réu. Assim, só é “adequado” a receber o procedimento invocado àquele que está submetido, por uma relação qualquer, ao enunciado performativo do enunciador. Do mesmo modo, dizer “Eu te perdoo” não faz sentido ser proferido a alguém que não se fez algum mal. Há de se ter uma relação entre o enunciador e o receptor mediante a linguagem proferida. Observa-se, aqui, nitidamente, a influência pragmática da linguagem em Austin.

Portanto, se os constatativos são verdadeiros ou falsos a depender da correspondência na realidade do enunciado, os performativos são “felizes” ou “infelizes” a depender se (I) o agente que o profere tem “autoridade” no sentido Austiniano, e se (II) há adequação entre o agente que o profere e a pessoa que recebe tal enunciado em uma relação anterior de comunicação. Preenchido os dois requisitos essenciais elencados por Austin, pode-se afirmar que um ato performativo é “feliz”, ou seja, é “válido”.

---

30 MARCONDES, Danilo. **Textos Básicos de Linguagem**: De Platão a Foucault. Rio de Janeiro: Zahar. 2010. Pág. 75.

31 AUSTIN, John. **Quando dizer é fazer**. Palavras e Ações. Porto Alegre: Artes Médicas. 1990, pág. 31.

32 *Ibidem*.

O enunciado é um ato de fala, portanto, quando atua sobre uma realidade de modo a criá-la ou modifica-la. O estudo das “condições de felicidade” em Austin nos serve para aplicá-las, posteriormente, aos discursos odiosos, pois, um discurso odioso é um ato de fala no sentido austiniano se preenche os requisitos por ele elencados.

Além disso, adentrando na especificidade e notoriedade da filosofia da linguagem de J. L. Austin, e conseqüente relação com a tensão entre discurso de ódio e liberdade de expressão, devemos nos aprofundar em três funções da linguagem por ele estabelecidas, sendo elas: Locucionária, Illocucionária e Perlocucionária.

## 2.2. Ato Locucionário, Illocucionário e Perlocucionário

A partir da perspectiva de que todo enunciado é um ato performativo, ou seja, é um “uso das palavras como forma de agir”<sup>33</sup>, Austin diferencia três dimensões que estes atos de fala contêm. São elas: do (I) Ato Locucionário; (II) Ato Illocucionário; e o (III) Ato Perlocucionário. Toda enunciação, para Austin, apresenta essas três dimensões ao mesmo tempo.

O ato locucionário (I), nas palavras de Danilo Marcondes, “consiste na dimensão linguística estritamente considerada, isto é, nas palavras e sentenças de uma língua específica, empregadas de acordo com as regras gramaticais aplicáveis, bem como dotadas de sentido e referência”<sup>34</sup>. Em outras palavras, o ato locucionário representa o conteúdo gramatical que cada ato de fala apresenta e, além, o sentido e referência de tal enunciação. Isso quer dizer que o ato de fala locucionário representa qual é o objeto ou pessoa que se está falando (referência) e o conteúdo deste objeto ou pessoa que lhes tornem próprio (sentido)<sup>35</sup>. Portanto, a dimensão locucionária do ato de fala (performativo) vai estabelecer desde dimensões linguísticas da fala através de conteúdos gramaticais, até identificação e representação do objeto ou pessoa a que se refere.

O ato illocucionário (II), por sua vez, é o principal conteúdo do ato de fala, pois ele é o performativo propriamente dito. O ato illocucionário é o ato que se realiza no enunciado. Quando, no nosso exemplo, se diz “Eu te condeno a X de pena” ou “Eu te perdoo”, se está realizando os verbos “condenar” e “perdoar”. Ou seja, o próprio

33 MARCONDES, Danilo. **Textos Básicos de Linguagem**: De Platão a Foucault. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, pág. 75.

34 *Ibidem*.

35 MILLER, Alexander. **Filosofia da Linguagem**. Trad. Evandro Gomes, Cristian Maillard – 2ª Ed. São Paulo: Paulus, 2010.

conteúdo do verbo é a realização do que Austin denomina de “força ilocucionária”. Ao proferir tal enunciado, estou condenando e perdoando, respectivamente. Nas palavras de Celso Braida, o ato ilocucionário é um “enunciado em que o falante atribui ao conteúdo proposicional uma determinada força: de realização de uma afirmação, de oferecimento, de promessa, de ordem etc., num determinado contexto”<sup>36</sup>.

O ato perlocucionário (III) trata-se dos efeitos e sentimentos que o ato de fala pronunciado gera na audiência no falante ou em outras pessoas. Se refere a como foi recebido pelas pessoas o enunciado proferido. Austin diz: o efeito perlocucionário caracteriza por “consequências do ato em relação aos sentimentos, pensamentos e ações da audiência, ou do falante, ou de outras pessoas, e pode ter sido realizado com o objetivo, intenção ou propósito de gerar essas consequências”<sup>37</sup>.

Diante de tal perspectiva, os três elementos apresentados acima representam: “o ato de dizer algo (locucionário), o ato que se realiza no dizer algo (ilocucionário), e o ato que se realiza porque se disse algo (perlocucionário)”<sup>38</sup>. Nas palavras de J. L. Austin:

Em primeiro lugar distinguimos um conjunto de coisas que fazemos ao dizer algo, que sintetizamos dizendo que realizamos um ato locucionário, o que equivale, a grosso modo, a proferir determinada sentença com determinado sentido e referência, o que, por sua vez, equivale, a grosso modo, a ‘significado’ no sentido tradicional do termo. Em segundo lugar, dissemos que também realizamos atos ilocucionários tais como informar, ordenar, prevenir, avisar, comprometer-se, etc., isto é, proferimentos que têm certa força (convencional). Em terceiro lugar, também podemos realizar atos perlocucionários, os quais produzimos porque dizemos algo, tais como convencer, persuadir, impedir ou, mesmo surpreender ou confundir. Aqui temos três sentidos ou dimensões diferentes, senão mais até, da frase ‘o uso de uma sentença’ ou ‘o uso da linguagem’ (e, naturalmente, há outras também). Todas essas três classes de ‘ações’ estão sujeitas, simplesmente por serem ações, às dificuldades e reservas costumeiras que consistem em distinguir uma tentativa de um ato consumado, um ato intencional de um não-intencional, e coisas semelhantes<sup>39</sup>.

Diante de tal regressão à filosofia da linguagem, que, apesar de introdutória, apresenta um conteúdo denso, ou até mesmo inovador para alguns, resta-nos de-

---

36 BRAIDA, Celso. **Filosofia e Linguagem**. Florianópolis: Rocca Brayde. 2013, pág. 136.

37 AUSTIN, 1990, 8ª Conferência *apud* MARCONDES, Danilo. **Textos Básicos de Linguagem**: De Platão a Foucault. 2010, pág. 75.

38 BRAIDA, Celso. **Filosofia e Linguagem**. Florianópolis: Rocca Brayde. 2013, pág. 136.

39 AUSTIN, John. **Quando dizer é fazer**, 1990, p. 95 *apud* BRAIDA, Celso. **Filosofia e Linguagem**. Florianópolis: Rocca Brayde, 2013, pág. 136.

bruçar sobre como toda essa construção é relacionada com o discurso de ódio e com o entendimento da Suprema Corte Norte Americana já exposto acima. Convém reforçar que nenhum discurso é desprovido de efeitos locucionários, ilocucionários e perlocucionários, conforme Austin já demonstrou, ou seja, quando se profere um discurso de ódio, está imbuído em uma intersubjetividade. Parece óbvio, mas até a Suprema Corte ao analisar os casos de *hate speech*<sup>40</sup>, classificando-os como “desprovidos de ações iminentes” ou “desprovidos de causar danos e perigos reais presentes<sup>41</sup>”, implicitamente está desconsiderando tais efeitos dos discursos. É como se os enunciados fossem proferidos em um campo vazio, sem a possibilidade de serem ouvidos por quem quer que seja, o que não acontece, dado que qualquer enunciação é performativa, é locucionária, ilocucionária e perlocucionária, em suma, envolve entendimentos recíprocos.

### 3. HATE SPEECH COMO “ATOS DE FALA”

Até aqui pretendeu-se demonstrar dois paradigmas distintos, (I) um sobre como a Suprema Corte Norte Americana progrediu e fixou um entendimento sobre a tensão entre liberdade de expressão e discurso de ódio, que, para ela, só se restringe um discurso mediante perigo claro e iminente de uma ação ilegal contra às vítimas dos discursos proferidos. Foi no caso *Brandenburg x Ohio* (1969) que se consolidou tal tratamento sobre a liberdade de expressão. Outro (II), um paradigma da filosofia da linguagem, baseado unicamente em John Langshaw Austin, com vistas a demonstrar que as falas são performativas, de modo a criar uma realidade com o discurso. Viu-se também que Austin acredita em três funções que todo discurso contém, sendo a locucionária (conteúdo gramatical), ilocucionária (ato que se realiza na fala) e a perlocucionária (efeitos gerados nos falantes). O leitor atento deve-se perguntar qual seria a conexão de um tipo específico de filosofia da linguagem com o entendimento da Suprema Corte no que diz respeito à tensão entre liberdade de expressão e discursos de ódio. A tarefa do presente artigo se resume em demonstrar como o argumento da Suprema Corte Americana falha ao estabelecer que as falas sem “clear and present danger<sup>42</sup>” e “imminent lawless action<sup>43</sup>”, tal qual apresentado nos casos, não são restringíveis. Demonstro que toda fala odiosa deve ser restringível, pois apresenta conteúdo prático no simples ato de falar (atos de fala) e, além, com os efeitos ilocucionários.

40 Discursos de ódio.

41 Vide casos acima citados, especialmente: *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969). Disponível em: [www.oyez.org/cases/1968/492](http://www.oyez.org/cases/1968/492). Acesso em: 18 Agosto de 2020.

42 Claro e presente perigo.

43 Ação ilegal iminente.

cucionário e perlocucionário geram, ao mesmo tempo, a imposição ao destinatário uma posição pré-determinada estruturalmente e efeitos humilhantes e degradantes, respectivamente, violando a igualdade, dignidade e autonomia. Tais efeitos, por outro lado, são desconsiderados pela Suprema Corte por não se enquadrarem como “presente/iminente”, dividindo, implicitamente, entre ações e falas. Portanto, considero que tais efeitos não estão em um plano “teórico”, mas prático. Qualquer ato de fala odioso gera efeitos práticos, portanto, é conteúdo restringível.

Discute-se na academia nacional e internacional sobre o que seria “*hate speech*”<sup>44</sup>, o que ele proíbe e o que aceita<sup>45</sup>. Pois, se determinarmos seu conteúdo, podemos distinguir entre o que é liberdade de expressão e o que é o discurso de ódio e, concomitantemente, aceitá-lo ou reprimi-lo. Tais discussões envolvem a problemática sobre, mesmo sendo um discurso odioso, se privarmos a liberdade de expressão traria um efeito danoso à democracia, portanto, classificar os discursos entre diversas variáveis, como Caleb Yong o fez, seria uma alternativa nem totalmente restritiva nem totalmente aceita<sup>46</sup>. Considero aqui, seguindo o Comitê de Ministros da Europa, discurso de ódio como “abrangendo todas as formas de expressão que propagam, incitam, promovem ou justificam o ódio racial, a xenofobia, o antissemitismo ou outras formas de ódio baseadas na intolerância, incluindo a intolerância expressa na forma de nacionalismo agressivo e etnocentrismo, discriminação e hostilidade em relação a minorias, imigrantes e pessoas de origem imigrante”<sup>47</sup>. Isso quer dizer que em todos os discursos, sendo odioso ou não, há efeitos práticos (performativos), mas somente aqueles descritos neste conceito podem alcançar status de restringível, pois censurá-los *prima facie*, sem um estudo de linguagem compreendendo os sentidos e referências, violaria o direito à liberdade de expressão. Se um enunciado não é abrangido pelo conceito de ódio descrito acima, obviamente não se pode sequer alçar a categoria de restringível, porque seria obviamente uma violação à fala livre que é garantida por um regime democrático.

---

44 Discurso de ódio.

45 Ver artigos como: GUIORA, Amos e PARK, Elizabeth A. **Hate speech on social media**. Springer Science+Business Media Dordrecht 2017; SEGLOW, Jonathan. *Hate speech, dignity and Self-Respect*. Springer Science+Business Media Dordrecht 2016; MARINHO, Maria Edelvacy Pinto e DE SOUZA, Stella Regina Coeli. Discurso de ódio pelo Facebook: Transparência e Procedimentos de contenção. Revista Joaçaba, v. 19, n. 2, p. 531-552, maio/ago. 2018.

46 Ver: YONG, Caleb. **Does freedom speech include hate speech?** Springer Science+Business Media B.V. 2011.

47 MARINHO, Maria Edelvacy Pinto e DE SOUZA, Stella Regina Coeli. **Discurso de ódio pelo Facebook: Transparência e Procedimentos de contenção**. Revista Joaçaba, v. 19, n. 2, p. 531-552, maio/ago. 2018, pág. 535, 536.

Censurar um discurso *prima facie*, sem uma análise contextual lógica, seria, obviamente, uma ação que desrespeita a liberdade de expressão, pois um discurso livre é pressuposto da democracia. Diante disso, diferenciar o que é discurso de ódio e o que não é a partir do conceito descrito acima, imbrica com o estudo da linguagem de Austin. Em outras palavras, o fato de a Suprema Corte desconsiderar sentidos e referências nos enunciados sem o “clear and present danger”, não significa que qualquer outro tipo de discurso - estes sem o “clear and present danger” - seja restringível, pois isso resultaria em um contexto de censura inimaginável. Por isso, considera-se que um discurso de ódio seja restringível quando tenha as “condições de felicidades” de J. L. Austin preenchidas. Pois, somente se preenchida as condições é que o enunciado é performativo, ou seja, cria uma realidade, é prático. Sendo prático, é capaz de gerar danos às vítimas.

As condições de felicidade de um enunciado, conforme visto, são, principalmente, (I) as intenções e autoridade do falante<sup>48</sup> e, (II) “as pessoas e circunstâncias particulares, em cada caso, devem ser adequadas ao procedimento específico invocado”<sup>49</sup>. Aludindo isto aos discursos de ódio, temos que, para preencher o primeiro requisito (I), o agente deve ter autoridade na fala odiosa. Isso quer dizer que aquele que profere o enunciado odioso pode ser qualquer pessoa, em determinado contexto, porque qualquer um é capaz de gerar ação (atos de fala) com sua fala odiosa. Não há uma restrição, aqui, para que qualquer um não seja autoridade. Quando a pessoa diz que “negros devem voltar para a África”, ela acredita que tem autoridade para fazer tal ato (mandar os negros para a África), pois acredita, realmente, se encontrar em um “nível superior” daqueles grupos minoritários. Em outras palavras, um discurso odioso deve ser restringível quando há autoridade, no sentido de se portar como superior àquelas vítimas. Isso não é o mesmo daquele indivíduo que enuncia “negros devem voltar para a África” para aquele seu amigo de tenra idade em um tom de brincadeira. Pois, o agente falante, neste caso hipotético, não acredita estar em posição de autoridade contra seu amigo. Portanto, não é restringível o discurso proferido neste contexto, pois não preenche o requisito (I) de ter autoridade. Noutro sentido, enunciados daqueles que contém, ou acreditam por serem uma “raça superior”, tal qualidade (autoridade), devem ser restringíveis<sup>50</sup>.

---

48 MARCONDES, Danilo. **Textos Básicos de Linguagem**: De Platão a Foucault. Rio de Janeiro: Zahar. 2010. Pág. 75.

49 AUSTIN, John. **Quando dizer é fazer**. Palavras e Ações. Porto Alegre: Artes Médicas. 1990, pág. 31.

50 É necessário ter cuidado com os conceitos, pois o exemplo exposto na subseção 2.1 deste texto explora o caso daquele falante que não tem autoridade nenhuma, é, manifestamente, um enunciado proferido no vazio. Por exemplo, quando um comerciante condena um réu a uma pena. Ora, o comerciante, evidentemente, não tem autoridade para tal feito. Sendo competente um juiz. No caso dos discursos de

(II) O segundo ponto propõe que as pessoas devem ser adequadas ao procedimento. Aludindo isto ao discurso de ódio, quer dizer que aqueles que recebem os enunciados odiosos devem estar, por algum meio, interconectadas com o discurso. Se, por exemplo, determinada pessoa profere um enunciado antissemita odioso contra determinada comunidade árabe, não terá efeitos. Porque é notório conhecimento que os árabes não estão em adequação aos discursos odiosos antissemitas, eles são adequados aos discursos odiosos contra sua comunidade – os árabes. Por isso, para a felicidade dos enunciados performativos de Austin, os enunciados devem conter autoridade de quem os fala (I) e adequação daquele ouvinte (II). Do mesmo modo, se alguém profere um discurso racista odioso, em televisão pública, onde se sabe que há muitos negros e uma história de escravidão enraizada, como no Brasil, há uma adequação entre o discurso e o grupo ou pessoa violada. Por outro lado, há inadequação para aqueles que se consideram brancos. Em outras palavras, a depender do contexto, se proferido em particular ou em público, individualmente ou para um grupo, o discurso será tolerado ou restringido. O que importa demonstrar é que o discurso odioso proferido deve estabelecer uma conexão de adequação com o receptor de modo a fazer sentido e correlações entre enunciado e vítima. É infeliz um enunciado proferido contra pessoas que não se consideram do grupo vitimado pelo discurso de ódio. Somente o grupo vitimado reconhece os efeitos ilocucionário e perlocucionário do discurso odioso proferido.

Assim, um discurso é uma ação, um ato de fala, quando apresenta suas condições de felicidade satisfeitas. Do mesmo modo, um discurso de ódio é um ato de fala, aquele que cria realidade, se preenche tais condições. Se há autoridade do falante, no sentido austiniano, e adequação entre receptor e falante nesse enunciado odioso proferido, há performatividade. Por essa perspectiva se resolve, em um primeiro plano, o problema levantado acima neste subtópico de tornar todo e qualquer discurso censurável. A democracia aceita a liberdade de expressão e fala, mais que isso, é um dos seus princípios basilares, por isso, deve-se ter parâmetros concretos e bem delineados privando-a, mesmo se tratando de discurso odioso. Os parâmetros elencados acima, formam uma base de verificação entre discurso restringível ou não. Cito, por exemplo, novamente, o caso de alguém que profere um discurso odioso antissemita contra um não judeu. Isto obviamente deve ser um discurso tolerado pela democracia, pois não há adequação (II) entre o falante e o receptor. Ora, um árabe não conhece intimamente os preconceitos e exclusões do povo judío, do mesmo modo,

---

ódio, o falante acredita fielmente ser uma “raça superior” e, por isso, tem autoridade sobre “demandar aos inferiores”. É o caso de Brandenburg, que acredita, seriamente, ser superior aos negros. Ele não está num vazio completo como o comerciante.

um branco não conhece a história e os preconceitos diários de um negro. Por isso, um discurso sem adequação é infeliz, pois os elementos que configuram a fragilidade do grupo minoritário não são reconhecidos por aqueles que não se identificam com eles. Na linguagem de Austin é um enunciado infeliz, porque não constitui relações entre o falante e o ouvinte. Portanto, um mesmo discurso proferido em contextos e contra pessoas diversas pode receber consequências diversas.

Estabelecido que nem todo discurso é censurado, mas somente aqueles que preenchem tais condições, é essencial analisar as funções que tais discursos odiosos representam quando proferidos. Ainda em J. L. Austin, há funções no qual todo enunciado preenche, e que, pelo conteúdo dos discursos odiosos, geram efeitos práticos nas vítimas. Tais discursos odiosos, como aqueles proferidos por Brandenburg, são, sim, práticos e também alçam a categoria de restringíveis. Conforme visto, o paradigma americano ignora, afirmando que não existe possibilidade de danos às vítimas. Levanto alguns danos reais e práticos que tais discursos contêm, almejando status de restringíveis, no entanto, não discutidos pela Corte Norte Americana.

As funções dos enunciados, como visto, são locucionário (I), ilocucionário (II) e perlocucionário (III). Considera-se locucionário (I) a função gramatical dos conteúdos sentenciais de cada enunciado. Esta função não é interessante para o debate sobre discurso de ódio e liberdade de expressão. O que é interessante são os efeitos ilocucionário e perlocucionário. Ilocucionário (II) é o performativo propriamente dito, é o ato que se realiza no enunciado. Portanto, proferido o discurso de ódio, o que o enunciado realiza é uma ação prática sobre a realidade, no sentido de condicionar certos grupos e minorias ao status de inferioridade. Quando as falas odiosas são pronunciadas, se realiza, de fato, a discriminação. Catharine McKinnon, feminista e defensora da restrição à pornografia, acredita que a pornografia é uma forma de expressar sentimentos machistas. “A pornografia não é apenas representação, pois ela é constituída através de atos ilocucionários: “To make visual pornography, and to live up to its imperatives, the world, namely women, must do what the pornographers want to ‘say’”<sup>51</sup>. Ou seja, o efeito ilocucionário de realizar os atos e não apenas representá-lo, imputa condições socialmente impostas às vítimas e, no caso da pornografia, tal situação, para McKinnon e McGowan, deve ser censurada: “According to this ‘radical’ approach, pornography is to be prohibited not because it depicts harm (as it obviously does) and not because it causes harm (as some maintain) but because it is

---

51 MACKINNON, Catherine. **Only Words**. Cambridge: Harvard University Press, 1993, pág 25 *apud* BERCHT, Gabriela. **Pornografia e atos de fala**: o debate entre Judith Butler e Catharine MacKinnon. UFRS. 2016, pág. 21. Tradução livre do trecho em inglês: “Para fazer pornografia visual e cumprir seus imperativos, o mundo, ou seja, as mulheres devem fazer o que os pornógrafos querem ‘dizer’”.

harm.”<sup>52</sup>. O efeito ilocucionário dos atos odiosos, como imposição de condições estruturalmente predeterminadas, são práticos. No entanto, a jurisprudência americana, arraigada no “clear and present danger”, não considera, demonstrando a incapacidade de lidar com casos complexos.

O efeito perlocucionário (III) manifesta na recepção dos enunciados proferidos. Ou seja, o efeito é gerar nos receptores dos enunciados aquilo pretendido pelo enunciador. Nos discursos de ódio é evidente que as intenções dos propagadores de ódio são degradantes e violadoras de direitos. Não é democrático exigir segregação daqueles socialmente frágeis, como o fazem. Uma noção mínima de igualdade jurídica é suficiente para considerar discursos odiosos como um abuso do direito. Isso quer dizer que os propagadores de discursos odiosos têm direito subjetivo à fala, mas não o têm de expressar sem o respeito mínimo à igualdade e à autonomia das pessoas, de serem tratadas como seres racionais e não como meio para obtenção de fins<sup>53</sup>. Assim, o efeito perlocucionário gera nas vítimas sentimentos degradantes e humilhantes. Em conexão com os efeitos ilocucionário, eles condicionam, por gerar inferioridade, ainda mais ao modo estrutural dado socialmente. Motivo pelo qual a pragmática dos discursos odiosos se mostra evidente, não fazendo sentido a separação entre discursos com possibilidade de ações práticas (“imminent lawless action” e “clear and present danger”) e aqueles sem ações práticas, como os feitos por Brandenburg, reconhecido como tal pela Suprema Corte Americana, pois todo discurso tem efetividade prática (performativa), e tal divisão é inócua. Se assumir a linguagem como intersubjetiva, como os pragmáticos o fizeram, tal distinção, realizada pela Corte Superior Americana, perde sentido. A linguagem é entre pessoas, estabelecendo conexões, entendimentos e sentidos sobre um referencial. Portanto, não existe um “vazio semântico”, no sentido de não criar interações práticas em uma linguagem. A Corte Americana parece sugerir isso, inviabilizando uma restrição àqueles que proferem ódio, pois não compreende a linguagem tal qual ela é. Por isso, discursos odiosos são restringíveis, pois, geram efeitos de condicionar às pessoas à estrutura socialmente imposta, além de gerar sentimentos degradantes e humilhantes, violando, no mais profundo, a noção de igualdade, dignidade e autonomia.

---

52 MCGOWAN, Mary Kate. **On Pornography**: MacKinnon, Speech Acts, and “False” Construction, *Hypatia* vol. 20, no. 3 (Summer 2005), pág. 28 *apud* BERCHT, Gabriela. Pornografia e atos de fala: o debate entre Judith Butler e Catharine MacKinnon. UFRS. 2016, pág. 22. Tradução Livre: “De acordo com esta abordagem ‘radical’, a pornografia deve ser proibida não porque retrata o dano (como obviamente o faz) e não porque causa dano (como alguns sustentam), mas porque é prejudicial”.

53 KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Trad. Antônio Pinto de Carvalho. Lisboa: Companhia Editora Nacional. 2007.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em uma reconstrução breve, neste artigo, em um primeiro ponto, pretendeu-se analisar qual é o entendimento predominante da Suprema Corte Norte Americana sobre a tensão entre liberdade de expressão e discurso de ódio. Conforme visto, tal paradigma é ancorado em duas categorias de liberalismo, o utilitário e radical. De modo sintético, o entendimento americano é subsidiado pela noção de “imminent lawless action<sup>54</sup>” e de “clear and present danger<sup>55</sup>”. Ou seja, para que uma fala seja considerada restritiva, ela deve ser capaz de gerar uma ação ilegal iminente em prejuízo daqueles violentados pelo discurso. No caso paradigmático, *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969), tais ações de *Brandenburg*, que realizou passeatas da Ku Klux Klan e proferiu discursos odiosos como “negros devem voltar para a África” em rede de televisão, não foram consideradas iminentes. Isso quer dizer que não houve danos práticos iminentes àquelas vítimas, por, simplesmente, não sofrerem possibilidades reais de violação à integridade física. Tal entendimento é o motivo de questionamento do presente artigo que se baseou na linguagem, especificamente em John Langshaw Austin, para contrapô-lo.

J. Austin é notório na filosofia da linguagem pela sua contribuição pragmática. Isso quer dizer que a linguagem deixa de ser uma representação da realidade para ser a modificação/criação desta realidade. Em outros termos, deixa de ser solipsista e passa a ser intersubjetiva. Por isso, os conceitos de locucinário, ilocucionário e perlocucionário são apresentáveis em todos os discursos em sua característica intersubjetiva. Diante de tal cenário, foi distinguido entre atos constatativo e performativo. Aqueles constata algo, estes criam realidade com o enunciado. Os enunciados precisam conter critérios nos quais são considerados “felizes”, ou seja, são performativos que criam realidade. O primeiro é a autoridade do falante e o segundo a adequação entre o enunciado proferido e o receptor de tais enunciais. Satisfeitas tais condições, um enunciado performativo é feliz. Nos termos do autor, estabeleceu-se as “condições de felicidades”. Sendo assim, tais enunciados, já citados neste parágrafo, apresentam três funções: locucionária, ilocucionária e perlocucionária. A primeira se refere a conteúdos gramaticais deste enunciado. A segunda à realidade criada por tal enunciado (performativo), e a terceira são os efeitos e sentimentos gerados no receptor de tal enunciado. Dessa forma, um estudo da linguagem dos discursos de

---

54 Ação ilegal iminente.

55 Perigo claro e iminente.

ódio deve perpassar por estes conceitos de modo a demonstrar que tais enunciados possuem efeitos práticos contra as vítimas, a ensejar sua restrição, e que geram efeitos diminuindo a sua autonomia e dignidade.

Ao perpassar por este trajeto, pôde chegar à conclusão que a referência da Suprema Corte Norte-americana em fixar os parâmetros citados na tensão entre liberdade de expressão e discurso de ódio é frágil, pois, conforme demonstrado, é possível vislumbrar discursos que causam danos e, por violarem a igualdade, dignidade e autonomia no sentido mais amplo, além de gerarem conteúdos degradantes às vítimas, bem como imposição de condição socialmente estruturada, são aptos à restrição. *Hate speech* claramente ofensivo à dignidade e autonomia, como o caso Brandenburg, não são considerados restringíveis pela doutrina americana, por, para eles, simplesmente não conseguirem resultados práticos iminentes, colocando em perigo às vítimas. Ora, conforme Austin, todo discurso é performativo<sup>56</sup> e capaz de gerar efeitos práticos às vítimas. A linguagem é em sua essência performativa. Não se estabelece entendimentos sem efeitos entre os interlocutores. Conforme já salientado, a Suprema Corte acredita que os enunciados estão em um vazio semântico não produzindo interação e entendimentos recíprocos, além de efeitos ilocucionário e perlocucionário entre os falantes. Por isso, discursos como os de Brandenburg geram, sim, efeitos nas vítimas, como imposição a uma condição imposta, violação à dignidade e autonomia, além de sentimentos de inferioridade às vítimas. No entanto, tais efeitos não são levados em conta por não serem considerados iminentes nem presente pela Suprema Corte. Por isso que existe uma evidente incongruência no entendimento da Suprema Corte Norte Americana, pois desconsidera os efeitos práticos que qualquer discurso tenha, dado que qualquer discurso é intersubjetivo.

Por fim, foi necessário estabelecer parâmetros democráticos que limitassem a restrição defendida, para que o risco de que qualquer discurso, simplesmente por terem efetividade prática, ser restringível fosse atenuado. Tal investida foi acobertada pelos critérios de Austin para que um enunciado performativo seja feliz. Sendo: Autoridade do falante e adequação do falante com a fala. Assim, é garantido um parâmetro para que os discursos, no geral, sejam respeitados (livres), ao mesmo tempo que restringe aqueles enquadrados nos parâmetros da performatividade. Dessa feita, não se pode acusar tal restrição como “violadora da liberdade de expressão”, mas como seu exercício regular, respeitando, no sentido mais lato, a igualdade, a dignidade e a autonomia dos seres humanos.

---

56 MARCONDES, Danilo. **Textos Básicos de Linguagem**: De Platão a Foucault. Rio de Janeiro: Zahar. 2010. Pág. 75.

## REFERÊNCIAS

- AUSTIN, John Langshaw. **Quando dizer é fazer** Palavras e Ações. Trad. Danilo Marcondes. Porto Alegre: Artes Médicas. 1990.
- BERCHT, Gabriela. **Pornografia e atos de fala**: o debate entre Judith Butler e Catharine MacKinnon. Porto Alegre: UFRS. 2016.
- BRAIDA, Celso. **Filosofia e Linguagem**. Florianópolis: Rocca Brayde. 2013.
- “Brandenburg v. Ohio.” Oyez, [www.oyez.org/cases/1968/492](http://www.oyez.org/cases/1968/492). Acesso em: 18 agosto de 2020.
- CAVALCANTI FILHO, Joao Trindade. **O discurso de ódio na jurisprudência Alemã, Americana e Brasileira**: Uma análise à luz da filosofia política. Dissertação (Mestrado em Direito) – UNB. 2014.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2020.
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luis Borges. São Paulo: Martins Fontes. 2000.
- GUIORA, Amos. PARK, Elizabeth A. **Hate speech on social media**. Springer Science+Business Media Dordrecht. 2017.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Trad. Antônio Pinto de Carvalho. Lisboa: Companhia Editora Nacional. 2007.
- MARCONDES, Danilo. **Textos Básicos de Linguagem**: De Platão a Foucault. Rio de Janeiro: Zahar. 2010.
- MARINHO, Maria Edelvacy Pinto e DE SOUZA, Stella Regina Coeli. **Discurso de ódio pelo Facebook**: Transparência e Procedimentos de contenção. Revista Joaçaba, v. 19, n. 2, p. 531-552, maio/ago. 2018.
- MILLER, Alexander. **Filosofia da Linguagem**. Trad. Evandro Gomes, Cristian Maillard – 2ª Ed. São Paulo: Paulus, 2010.
- RICHTER, Mariana Patrício; PILÃO, Valéria *et al.* **A construção do contexto histórico do movimento social Ku Klux Klan**. Caderno Humanidades em Perspectivas - v.5 n.3 – 2019.
- SAMPAIO, Evaldo. **A virada linguística e os dados imediatos da consciência**. Marília: Trans/Form/Ação, v. 40, n. 2, p. 47-70, Abr./Jun., 2017.
- SEGLOW, Jonathan. **Hate speech, dignity and Self-Respect**. Springer Science+Business Media Dordrecht. 2016.
- SOUZA, Beatriz. **Fala de Levy Fidelix gera polêmica nas redes sociais**. Exame. 29 de setembro de 2014. Disponível em: <https://exame.com/brasil/fala-de-levy-fidelix-gera-polemica-nas-redes-sociais/>. Acesso em: 26 de agosto de 2020.
- WEBER, Max. **Reflexão intermediária** - Teoria dos níveis e direções da rejeição religiosa do mundo. In: BOTELHO, André (org.). Sociologia essencial. São Paulo: Penguin/Companhia das Letras, 2013, p. 506-552.
- YONG, Caleb. **Does freedom speech include hate speech?** Springer Science+Business Media B.V. 2011.

Nesse quarto volume, os artigos enfrentam as seguintes temáticas conectadas aos pilares da liberdade de expressão, direitos políticos e discurso de ódio:

- Não recepção do crime de injúria;
- Inconstitucionalidade de dispositivos de projetos de leis regulatórios de *fake news*;
- Não recepção de crimes previstos na Lei de Segurança Nacional;
- Regulação de discursos ofensivos de caráter não intencional;
- Crítica ao paradigma estadunidense com apoio em J. L. Austin;
- Discurso preconceituoso homotransfóbico como ato de violência;
- População carcerária com alvo de discurso de ódio;
- Uso de direito comparado nas fundamentações das decisões do TSE.

